APUNTES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Quinto curso de la licenciatura de derecho

Curso 2011/2012

Francisco Carpintero

PROGRAMA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Quinto curso de la licenciatura. Curso 2011/12

I
INTRODUCCIÓN

II
TOMÁS DE AQUINO

III
TIEMPOS DE TRANSICIÓN

V
EL EMPIRISMO, LA FILOSOFÍA TRIUNFADORA EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA

VI
REFLEJOS POLÍTICOS DEL EMPIRISMO

VII
BASES PARA UNA PROPUESTA METÓDICA

Estos Apuntes constan de cuatro partes. Tras una alusión muy breve a la penetración de las ideas más básicas sobre la justicia en nuestra cultura, expongo las explicaciones que dieron los filósofos y teólogos que he llamado “Nominales”. Quien asuma esta primera parte de la exposición, está en condiciones de entender las teorías sobre la justicia de la Edad Moderna y del siglo XX. *En segundo lugar*, aludo a la doctrina de Tomás de Aquino, porque el estilo biológico aristotélico es plenamente actual; la crisis del método científico veteromecánico en el siglo XX ha hecho que muchos investigadores –pensemos en Whitehead o Heisenberg- vuelvan la vista hacia Aristóteles, y por tanto hacia el de Aquino. *En un tercer momento* trato, de forma tanto expositiva como crítica, la génesis, el desarrollo y el fracaso del empirismo que ha estado en la base de la negación de la objetividad de la justicia; pues el sector triunfante momentáneamente en la Modernidad ha negado la objetividad tanto de la justicia como de cualquier filosofía práctica. *Y, finalmente,* expongo mis propias intuiciones sobre las bases de la justicia.

Distingo entre historia viva e historia muerta. Estos Apuntes tienen una fuerte carga histórica, pero no expongo la historia porque sea aficionado a las antigüedades. Recurro a la historia sólo en la medida en que nos ayuda a entender, de una forma no dogmática, porqué es así el pensamiento del siglo XXI sobre los temas más básicos de la filosofía práctica. Exponer al margen de la historia, como si nuestras ideas hubieran surgido desde una racionalidad abrumadora ante la que sólo podemos asentir, o como si estuvieran edificadas sobre la superación de viejas doctrinas filosóficas que únicamente merecen el desdén, sólo produce actitudes dogmáticas.

I

INTRODUCCIÓN

La Filosofía del derecho trata de ofrecer una explicación sobre las bases racionales de la justicia. Nosotros nos moveremos en el interior de nuestro ámbito cultural, que es el del derecho romano y, por decirlo más indeterminadamente, el romanista. La razón es sencilla: Occidente, a diferencia de otras partes del mundo, ha sido formada por el derecho de Roma. Cuenta Franz von Weizsäcker que en alguna ocasión sus colegas japoneses le dijeron que la ventaja cultural, técnica, etc. de Occidente provenía de la lógica griega y del derecho romano.

§ 1. Las raíces de nuestro pensamiento sobre la justicia.

Puede parecer que Roma quedó muy lejos en la historia. Esto es cierto para el derecho público, pero no para el derecho privado, ya que a partir del siglo XI Europa 'redescubrió' el *Corpus Juris Romanorum* según la compilación que habían hecho los juristas al servicio del Emperador de Oriente Justiniano. Este *Corpus Juris* se componía de cuatro partes: el Digesto, una recopilación de casos prácticos que habían de servir como reglas inmediatamente aplicables; la Instituta, otra recopilación de casos prácticos pero más orientada al aprendizaje del derecho; el Código, que era el derecho público del Imperio; y las Novelas, que contenía las leyes más recientes del Imperio bizantino. Los dos textos que han influido decisivamente en nuestra cultura han sido el Digesto y la Instituta, los dos libros que contenían el derecho privado.

Hasta entonces, desde la caída del Imperio, Europa había estado habitada por tribus que provenían del Este (hunos, alanos, godos, visigodos) y del norte de África, como los vándalos. Apenas sabemos nada de los derechos que estas tribus trajeron consigo. El rey godo Eurico, cuando se adueñó de Roma, publicó un pequeño y rudimentario código, conocido como el Código de Eurico, que pasa por ser la expresión mejor conocida del derecho germano; pero Álvaro d'Ors entendía que este código se componía de derecho romano vulgarizado. Más tarde, hacia finales del tercer milenio, se impuso por el norte de Italia el derecho longobardo. Estos derechos, más primitivos, cayeron ante el prestigio del Digesto y la Instituta, libros que comenzaron a ser

enseñados en Bolonia por Irnerio, *Magister artium*, hacia el año 1100. Desde Bolonia, la enseñanza de este derecho pasó a toda Europa.

Este asumir el derecho romano pasó por tres etapas. La primera es conocida como la de los Glosadores, y se compuso de juristas que trataron de entender este derecho tal como se presentaba en los documentos indicados. Hagámonos la idea de que una catástrofe nuclear acaba con el mundo tal como lo conocemos. Después de varios siglos de vida cultural primitiva, algunos descubren un ordenador, y lo estudian procurando entender la lógica de su hardware y software. Pasará tiempo hasta que estén en condiciones de entender plenamente la informática. Este tiempo que las Escuelas de Europa pasaron dedicadas a entender sofware del derecho de Roma es conocido como la etapa de los Glosadores, y entre ellos y los otros juristas que les siguieron, formaron lo que conocemos como el Derecho común, *Jus Commune*. Eran juristas con pocos conocimientos del Latín y normalmente sin conocimientos del Griego. Hubieron de hacer frente a la enorme complejidad técnica de estos cuatro libros, aclarando el sentido de cada término y frase. Normalmente hacía anotaciones entre las líneas de los manuscritos que usaban, y estas observaciones son llamadas glosas interlineares. A veces, las aclaraciones las hacían en los márgenes de las páginas y Savigny, que ha sido el jurista que más a fondo ha estudiado el *Jus Commune*, entendía que este segundo tipo de glosas servía preferentemente para establecer conexiones entre las distintas partes de cada libro. Las obras de los Glosadores quedaron completadas por una recopilación magistral que hizo Accursio, hacia el 1300, de modo que hoy prácticamente sólo conocemos las aportaciones de los juristas anteriores a él en la medida en que las obras de estos otros juristas quedaron recogidos en la *Summa*, que fue conocida como la *Glossa ordinaria* o, simplemente, la *Glossa*.

Más adelante, hacia finales del siglo XIII, los conocimientos jurídicos habían madurado notablemente, y los juristas se animaron a aplicar el derecho romano, con las glosas anteriores, a los casos prácticos. Nació así la corriente llamada de los Comentadores, que se compuso de muchos juristas, y sin duda los más importantes fueron Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, ambos activos en el siglo XIV. Con ellos el Derecho común llegó a ser realmente común, es decir, en ser aplicado en buena parte de los países de Europa. España fue una de las monarquías que acogió al Derecho común con más fuerza y, de hecho, las Leyes de Partidas se componen fundamentalmente de derecho romano. Como las sentencias de los principales juristas

del Jus Commune solían tener fuerza de ley ante muchos tribunales, existe una 'ley de muertos' en la monarquía española, de comienzos del siglo XVII, dictada para los territorios americanos, en la que el Rey indicaba que, en caso de concurrencia de opiniones distintas de diferentes doctores, prevalezca la opinión de Bartolo, por ser este autor "El más ajustado a razón".

El Derecho común entró en una crisis parcial a comienzos del siglo XVI. La etapa histórica que transcurre desde el siglo XI al XVI fue extraordinariamente larga. En ella, Europa se enriqueció notablemente, y hubo un desarrollo científico y cultural muy fuerte. Quizá su mayor problema fue que duró demasiado. Los europeos de este período se relajaron demasiado. Viendo el tamaño de las aldeas y de sus *Brauerei*, los arqueólogos calculan que el centroeuropeo medio consumía unos tres litros y medio de cerveza por día. Los de las zonas mediterráneas venían a beber lo mismo, pero de vino. Johann Huizinga (uno de los mejores investigadores de este período) designa al hombre que llega a la Edad moderna, como *homo ludens*, el 'hombre juguetón'. Un hombre poco dado a trabajar pero muy fácil para el alcohol y el sexo. Esta época fue 'institucionalmente' católica, pero la Iglesia no supo poner orden en las costumbres. Durante la primera mitad del siglo XV Juan de Gerson –Gran Canciller de La Sorbona- clamó por un Concilio que pusiera fin a los desórdenes, pero el Papa no le hizo caso; se dirigió al Emperador, recordándole que él también tenía capacidad para convocar el Concilio, pero tampoco fue oído.

Hubo intentos ortodoxos e intentos cismáticos para volver a una moral cristiana más ajustada al Evangelio. Entre los intentos 'ortodoxos' tenemos los de Francisco de Asís y Domingo de Guzmán, aquel fundador de los Franciscanos, y éste de los Dominicos. Existían monasterios, habitados por monjes, pero llevaban una vida no muy exigente. Francisco de Asís y Domingo de Guzmán crearon un nuevo tipo de vida monástica, con especial insistencia en la pobreza. Las casas en las que habitaban no fueron llamadas monasterios, sino conventos, y los integrantes de estas Órdenes no fueron designados como monjes, sino como frailes. Pero el testimonio ofrecido por su estilo de vida no fue suficiente, y aparecieron movimientos promovidos por personas que querían una vida más cristianas, pero que rompían con Roma. Quizá los más conocidos fueron Valdo, Wicleff y Huss; pero como el poder de la Iglesia romana era bastante fuerte, fueron reprimidos violentamente.

Lo cierto es que el hombre del 1500 se avergüenza de la época que le ha tocado vivir. Entonces comienza una campaña de renovación de toda la cultura, conocida como *Wiedergeburt* o Renacimiento. El nombre de 'Re-nacimiento' proviene del pasaje del Evangelio que narra que Nicodemo vino a Cristo a que le expusiera su enseñanza; Cristo le dijo que quien no volviera a nacer no entraría en el Reino de los Cielos; Nicodemo le preguntó: "¿Cómo puede un hombre meterse en el seno de su madre y volver a nacer?"; Cristo le indicó que era preciso nacer desde agua y el espíritu, y Nicodemo entendió. Efectivamente, el inicio del siglo XVI trató de 'volver a nacer', y extendió un espíritu de rebeldía contra prácticamente toda la cultura conocida. Como el ambiente de descontento estaba bastante más maduro que antes, reformadores como Lutero, Calvino o Zwinglio tuvieron éxito donde habían fracasado los reformadores anteriores.

Buena parte de los primeros ataques fueron dirigidos contra las obras del *Jus Commune*. ¿Razones? El paradigma científico de aquella época fue preferentemente la filología, y los juristas se habían expresado en un Latín de pésima calidad, plagado de abreviaturas taquigráficas y con escaso conocimiento de la literatura e historia de Roma. Los renacentistas como Lorenzo Valla o Luis Vives dirigieron todo tipo de insultos contra los juristas, y propusieron volver al estudio del puro derecho de Roma, prescindiendo de Irnerio y de Bartolo. Comenzó así la tercera etapa del estudio del derecho romano en el segundo milenio, que consistió en aprender Latín de calidad, estudiar la historia, la literatura y todos los saberes romanos para estar en condiciones de entender adecuadamente el derecho. Esta tendencia, compuesta casi exclusivamente por lo que hoy llamaríamos historiadores del derecho, recibió el nombre de *mos gallicus*, por haber empezado con mayor fuerza en algunas Escuelas francesas, como Bourges, en la que enseñaba Andrea Alciato. Pero el Derecho común sobrevivió y llegó a las puertas del siglo XIX. A lo largo de la Edad Moderna persistió también el estudio del derecho romano puro, tendencia que se conoció como el 'Uso elegante del derecho', y tuvo importancia especial en las zonas de habla alemana. De hecho, desde el último tercio del siglo XVIII el derecho romano se impuso en los territorios alemanes, y desplazó a los derechos locales. El derecho romano fue refinado en Alemania por juristas a los que llamamos 'pandectistas', y el más importante de ellos fue Werner Winscheid, casi el autor del Código Civil alemán, que apareció muy tardíamente.

¿Por qué este interés por el derecho romano? Sir Hery Maine entendía que el derecho de Roma no hubiera sido superior a los otros derechos históricos de no haber contenido sus nociones del derecho natural. En efecto, las nociones de igualdad, participación y simetría de las partes, hicieron del derecho romano un ordenamiento jurídico singular sin comparación con los otros derechos históricamente conocidos. Las nociones del derecho natural fueron estudiadas por los Glosadores y Comentadores, pero sin vocación práctica: eran curiosidades romanas. Pero Fernando Vázquez de Menchaca (1560) las lanzó al gran público con la pretensión de convertir a la idea del derecho natural en una realidad, o realidades (pues existían varias ideas sobre el derecho natural) inmediatamente prácticas. Luis de Molina (1590) y Francisco Suárez (1610) también las trataron extensamente. Les siguió Hugo Grocio (1625) y hacia 1670 Samuel Pufendorf radicalizó algunas de las facetas de estos teólogos y juristas. Crearon para él la primera cátedra de Derecho natural que ha existido, y los libros de “Derecho natural y de gentes” llenaron los siglos XVII y XVIII y fueron la locomotora del cambio social, jurídico y político. Culminaron en la Revolución de 1789.

Extrañamente, el derecho romano se acomoda bastante bien a las enseñanzas de Aristóteles a pesar de que, por lo general, los Romanos no fueron aficionados a la filosofía, y no parece que sus juristas conocieran especialmente a Aristóteles. Pero el ‘sentido común’ aristotélico y romano se ayudan mutuamente. El mejor teórico que ha existido del espíritu del derecho de Roma ha sido Tomás de Aquino, en el siglo XIII.

§ 2. La justicia.

Hemos de encontrar un hilo por donde comenzar a deshacer el ovillo que es este problema, y quizá el punto de arranque más sencillo sea tratar ante todo de la justicia.

La justicia es, antes que cualquier otra cosa, una virtud personal. Los siglos XIX y XX han hecho un serio esfuerzo colectivo por desprestigiar a esta palabra, y ha acabado adquiriendo un eco algo ridículo. De hecho, el término virtuoso ha sido arrancado de su significado original y hoy designa a quien sabe tocar algunos instrumentos musicales.

La palabra castellana virtud proviene de la latina ‘vis, virtus’, que significa fuerza. Si una persona que tiene un trabajo sedentario y fuma demasiado -¡en quien no estaré pensando!- se levanta pronto por la mañana para hacer ejercicio y compensar así

su vida sedentaria, y si realmente consigue acostumbrarse tanto a madrugar como al ejercicio, decimos que esa persona es fuerte, es decir, virtuosa, al menos desde este punto de vista.

La realidad de la virtud personal ha sido despreciada desde el siglo XVII a hoy porque los tratadistas de la Escuela Moderna del Derecho Natural buscaron una redención humana que no podía ser alcanzada individualmente, sino sólo mediante un cambio de toda la sociedad. El primer cambio verdaderamente radical (y por eso se llamó Revolución) lo hicieron los franceses en 1789. Con el fracaso de Napoleón se vinieron abajo los deseos revolucionarios-políticos de buena parte de la Edad Contemporánea, y los deseos de cambios políticos fueron sustituidos por exigencias de cambios más profundos. Fundamentalmente hubo dos tendencias. Una, que pretendía la destrucción del orden social, y que no proponía ningún ninguna solución de repuesto concreta; a ésta la podemos llamar anarquista. La otra, que quería eliminar las desigualdades sociales que eran fruto de la explotación laboral: se concretó en los socialistas y comunistas. Lo común a estos tres grupos fue suponer que las cualidades personales no importaban: lo importante era sólo el cambio de las 'estructuras sociales'. Aún hoy, Habermas desprecia a la virtud personal porque las personas concretas únicamente pueden hacer acciones 'monádicas' (éste es su término) y estas acciones son sólo una "pequeña isla en el mar de la praxis". Luego hace falta una acción, o el seguimiento de un sistema de ética, que cambie a la sociedad entera.

Volvamos a la virtud de la justicia. Ulpiano la definió como "La constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo": *Constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*. La entiende no como un acto concreto sino como una costumbre o hábito arraigado en la persona que lleva a dar a los otros lo que es de los otros. La virtud, del tipo que sea, siempre ha sido entendida como un hábito, cosa que es comprensible, pues no decimos que es fuerte quien sólo es capaz de madrugar algún día, de vez en cuando, para hacer ejercicio, sino quien ha adquirido la costumbre de hacerlo todos los días.

Pero esta descripción de Ulpiano tiene un fallo, y es que sólo menciona la vertiente personal de la justicia, de modo que es justo quien paga sus deudas, con independencia de que esa persona viva en tal o cual sociedad. Ha sucedido que las ideas revolucionarias que se extendieron en los siglos XVII y XVIII han exigido que sea justa la sociedad, de modo que, junto a la justicia como virtud personal, tendríamos a la

justicia como una cualidad del conjunto de la sociedad. Esta noción 'social' de la justicia la introdujeron los siglos XVI y XVII: antes no existía.

Centrémonos en la vertiente personal de la justicia. Se trata de dar a cada uno lo que es suyo, pero ¿cómo saber lo que es de cada uno? Los juristas medievales distinguían la *aequitas rudis* de la *aequitas constituta*, es decir, la justicia 'en bruto' de la justicia que ya estaba concretada. Si un abogado trabaja para una empresa y esa empresa le paga un sueldo, su justicia ya está constituida: él podrá exigir que se le pague su sueldo, ni más ni menos. Pero si ese mismo abogado, además de trabajar para una empresa, atiende a otros clientes con los que no tiene ningún contrato de prestación continuada de servicios, sus clientes le deberán dinero a él, pero sin que la cantidad esté perfectamente determinada: decimos que en esos casos hay una 'aequitas rudis' que se verá concretada cuando el abogado establezca unos honorarios razonables de acuerdo con los diversos factores que hay que tener en cuenta en ese caso.

Cuando se pretende que exista justicia para todos, es decir, que los parados puedan ser ayudados, que toda persona tenga derecho a ponerse enferma o a ser anciano sin que por ello quede sin medios, la cuestión se vuelve notablemente más compleja. A primera vista, la razón de esta complejidad es doble: de una parte, no sabemos siempre anticipadamente lo que hay que dar; en 1937 se crearon en Francia las 'vacaciones pagadas'; hubiera sido impensable pensar en vacaciones pagadas en el siglo XIX. Del otro lado, es difícil entrar en reformas sociales porque los medios de que disponen los organismos públicos son limitados: sería magnífico que actualmente, en España, pudieran cobrar el paro todos los que realmente están parados: pero esto es sencillamente imposible.

***(La determinación de lo justo*)** Hay que dar a los otros lo que es de los otros, pero siempre permanece el problema de saber qué hay que pagar concretamente a los demás. (En vez de utilizar palabras como 'dar' y otras parecidas, usaré la de 'pagar', como si todas las relaciones jurídicas pudieran resolverse en términos económicos: esto no parece cierto, pero vuelve más fácil la exposición).

El ser humano es difícil de tratar, porque él se vivencia al mismo tiempo como infinito y como finito, concretado y determinado. Hegel decía que la vivencia de estas tendencias contradictorias genera una tensión que ningún 'ser natural' podría soportar.

Somos conscientes de ser seres únicos, irrepetibles en la historia; parecería que todo lo que hacemos participa de esta infinitud y, en el caso del derecho, esta falta de límites se mostraría en la imposibilidad de dar una medida económica a lo que hacemos. Para resolver este problema Tomás de Aquino habló del ‘Justo medio’, y tal medio justo lo dividió entre el *Medium rationis* que sería el propio de la moral, y el *Medium rei*, que sería el que usa el derecho.

El *Medium rationis* se ajusta a las necesidades y posibilidades objetivas de cada cual: es relativo a cada persona. Pero no confundamos relativo con arbitrario, porque es el medio que se adecua objetivamente a lo que cada cual necesita o puede hacer. Pedro y Juan salen el viernes de copas. Pedro aguanta perfectamente cinco copas, pero Juan se pone imposible, y da la noche a todos, cuando bebe más de una copa. De acuerdo con este medio que se ajusta a cada cual, hay que decir que a Pedro le es lícito beber cinco copas, mientras que Juan haría mejor si pidiera agua mineral. Al ajustarse a las cualidades personales, el *Medium rationis* depende de cada persona.

En el caso del derecho usamos el *Medium rei*, es decir, el medio de la cosa, ya que el derecho no acepta siempre esta dependencia de las cualidades personales de cada uno, sino que exige a todos por igual. Veamos la ‘cosa’ de la docencia: el profesor tiene el deber de explicarse con la claridad suficiente para que le entiendan sus alumnos. Un buen hombre puede ser un mal profesor: él podrá alegar que tiene una cabeza dispersa, que no es capaz de ceñirse al esquema que ha hecho para cada clase, que es tartamudo, y otras cosas más. Si esto es verdad, él queda justificado ante sí mismo, ante su conciencia, o queda justificado moralmente. Pero no cumple con uno de los requisitos más básicos del Medium rei de la docencia, y la institución educativa en la que trabaja debe prescindir de sus servicios. Tiene el deber de prescindir de esa persona porque, si no es así, está dañando a los alumnos.

Pero el *Medium rei* no es un criterio omnipotente ni omnipresente. El gran reformador social ha sido Bismarck. Él creó la seguridad social, en el siglo XIX, mediante tres leyes: una de jubilación, otra de enfermedad y otra de accidentes. El criterio del *Medium rei* no le indicaba estas exigencias. Fueron las exigencias de la solidaridad (él estaba personalmente preocupado por la mala situación de los trabajadores) las que le llevaron a implantar una rudimentaria Seguridad Social. A estas reformas, él las llamaba ‘caridad práctica’.

El juego de estos tres criterios, el *Medium rei*, el *Medium rationis*, y la Solidaridad, puede pasar desapercibido porque los derechos recogidos por la legislación y la jurisprudencia nacional imponen muchas de estas exigencias directamente, sin necesidad de razonar. Pero hay que tener en cuenta la observación de Carleton Kemp Allen, hacia 1930: que la moral no deja de ser moral porque esté recogida por el derecho positivo. Efectivamente, si un hombre abusa de una mujer comete un delito; pero sigue siendo –al margen de la calificación jurídica- un atentado contra la moral.

¿Es necesario, aún hoy, hablar de las virtudes, a pesar del desprestigio de este término? Indiqué que hemos puesto las esperanzas en un cambio total. Los que vivimos los años ’60 experimentamos la necesidad de estos cambios de una forma que los estudiantes de hoy no entenderán. La experiencia obtenida en estos últimos cuarenta años me lleva a pensar que una sociedad funcionará adecuadamente cuando los ciudadanos tengan virtudes personales. Si no es así, se harán realidad las palabras de una ministra italiana de Sanidad de los años ’70 cuando decía: “Tenemos la legislación más perfecta del mundo y aquí no funciona nada”.

(Lo mío, lo tuyo) Lo que defiende la justicia, lo *mío* (el *meum* latino) expresa una radicalidad categórica: nadie vivencia a su casa ‘como si’ fuera suya y ningún trabajador considera a su sueldo ‘como si’ le correspondiera a él. Además, en nuestra tradición propiamente occidental, el *meum* o el *suum* han poseído un carácter marcadamente individualista. Es lógico que nos preguntemos por las razones de estos hechos.

Arrancaré desde las ideas dominantes en el segundo milenio. De Roma sabemos poco: sólo nos ha llegado la compilación de Justiniano, y aún así la conocemos imperfectamente: por ejemplo, en esta obra aparecen bastantes personajes de los que no tenemos ni idea de quienes fueron. Adelanto que la figura doctrinal y vital clave para explicar el desenvolvimiento histórico de nuestra cultura fue la del derecho subjetivo. Al llegar a este punto, al autor de estos Apuntes le asalta una duda: en una asignatura como la Filosofía del derecho, ¿tiene sentido remitirse a los orígenes históricos de las categorías doctrinales que usamos ahora? Sí lo tiene, porque la afición de los humanistas hacia la historia desborda con mucho al interés que es simplemente el propio de los aficionados a las antigüedades. No tiene mucho sentido que un jurista prevalentemente técnico, como puede ser un especialista en derecho fiscal o

administrativo, haga estudios históricos. Pero en nuestro caso, sucede que las explicaciones históricas encierran con frecuencia lo más último y radical de lo que se puede decir del tema que estudiamos. Es decir, no componen historia muerta sino historia viva, porque su conocimiento ayuda decisivamente en el momento de explicar lo que estamos viviendo hoy.

Nuestra tradición es individualista, basada en la consideración del derecho subjetivo como la manifestación primera y más básica del derecho. En vano buscaremos esta mentalidad en otras culturas. Las vías por las que esta mentalidad se impuso a lo largo de la Baja Edad Media, hasta llegar al Renacimiento, momento en el que fue potenciado este modo de sentir la realidad social, fueron varias.

Una fue el derecho canónico. Por razones que nadie sabe explicar, los libros de los canonistas de inicios del segundo milenio están plagados de afirmaciones de derechos subjetivos. Tropezamos en un túnel oscuro, porque desde la caída de Roma hasta el año 1000 (fecha en la que convencionalmente se situó el gran renacimiento cultural de Europa), los poderes políticos, que dependían de las distintas tribus bárbaras que se fueron sucediendo en el gobierno de los antiguos territorios romanos, disponían de poca cultura escrita: el gran Carlomagno intentó en los últimos días de su vida (sin éxito) aprender a leer y a escribir. Durante este período, que llamamos Alta Edad Media y que duró más de cinco siglos, la única entidad internacional organizada y culta fue la Iglesia católica.

Desde el siglo II los Papas fueron dictando órdenes de distinto rango y naturaleza; los copistas copiaban a mano los conjuntos de estas normas, que se fueron amontonando algo desordenadamente hasta que un gran cultivador del derecho de la Iglesia, Graciano, en el siglo XII, hizo una síntesis de gran calidad, que fue conocida como el Decreto de Graciano. Pero el problema es que sólo nos han quedado estas reglas establecidas por los Papas, y hemos perdido las obras doctrinales escritas por autores ‘privados’ que hubieran sido las que nos hubieran permitido entender el ambiente real (o por lo menos, una de sus facetas) de la Iglesia de la Alta Edad Media. Pues la Iglesia medieval poseía una forma de vivenciar los poderes eclesiásticos algo distinta de la que conocemos hoy: hasta el siglo XV, los eclesiásticos estaban cargados de derechos frentes a los obispos, frente a los abades de los monasterios, o frente a la

Curia romana. Los autores que han estudiado esta época hablan del 'Constitucionalismo medieval'.

Pero desde el siglo XV en adelante, el desarrollo de las ideas políticas –también las ideas sobre el gobierno de la Iglesia- fueron de desarrollo de la idea de la pura Monarquía. La Baja Edad Media sólo conoció monarquías que podemos llamar 'constitucionales', porque las leyes nacionales y locales eran gestionadas, en los Parlamentos o Cortes, entre los representantes de la Iglesia, de la nobleza, o de los ayuntamientos, con el Rey. Eran leyes normalmente pactadas, por un sencillo motivo: el rey siempre andaba escaso de dinero, y había de conceder privilegios a los nobles o a las ciudades. En las Cortes y Parlamentos se procedían a lo que los historiadores ingleses llaman el *bargain* y algunos sostienen que, por esta causa, el derecho medieval, por haber sido pactado, era derecho contractual o privado. Esta realidad política fue sustituida por la de la Monarquía absoluta de los siglos XVI y XVII y por el Despotismo monárquico del siglo XVIII.

Bien, retengamos la idea apuntada antes: que la categoría técnico-jurídica del derecho subjetivo tuvo origen canonista, y que sabemos poco sobre el origen y desarrollo de la mentalidad que la subyacía. ¿Motivos para este olvido histórico? Además del apuntado, los europeos tardaron tiempo en redescubrir la técnica para fabricar papel. Hasta entonces, los escritos se hacían sobre pergaminos, que eran las partes más delicadas de la piel del ganado vacuno; entonces, estas pieles eran aún más caras que ahora, por lo que se hicieron pocas copias de casi todo. Un problema grave ha estado en que Gutenberg inventó la imprenta demasiado tarde, en torno al 1470. Los libros escritos en aquellos manuscritos pasaron a estar impresos en papel (que era mucho más barato que aquellas vitelas) y las pieles fueron reservadas para las encuadernaciones de los libros: éste fue por lo común su destino más general. Muchas bibliotecas con libros editados en los siglos XV y XVI tienen sus fondos más apreciables en las encuadernaciones de los libros: pero ¿Quién deshace un incunable o un libro del siglo XVI? El resultado final ha sido que sólo nos ha llegado lo que fue impreso tardíamente, a partir de 1470. Las obras que no llegaron pronto a la imprenta las hemos perdido casi en su totalidad.

A pesar del prestigio *in crescendo* de la idea de la monarquía, las obras de los canonistas más tardíos manejan con facilidad la noción técnica del derecho subjetivo. Si examinamos sus "Índices de cosas y materias", normalmente incluidos al final de cada

libro, encontramos frecuentemente expresiones como *jus ad, potestas, facultas, dominium*. En vano buscaremos estas figuras en los libros de los civilistas. Incluso tardíamente, cuando había especialistas "En ambos derechos", la vertiente civilista solía prevalecer sobre la canonista, y también están ausentes aquellas categorías.

Otra vía de penetración de la mentalidad subjetivista estuvo en una faceta del derecho romano. Pues los juristas romanos aluden de vez en cuando al derecho natural, al que entendían de varias formas distintas. Una de ellas –la que acabó triunfando- era imaginarlo como la etapa primigenia de la humanidad, cuando los hombres andaban libres por los campos, sin propiedades privadas y sin que existieran relaciones de subordinación entre ellos. Era el momento llamado del 'estado de naturaleza', status *naturae*, y hace años me llamó tanto la atención las formas cómo fue entendida este 'estado' que publiqué un artículo estudiando las enseñanzas de los juristas sobre él[1]. Para ellos eran prácticamente sinónimas las expresiones libertad y derecho natural, y es frecuente leer frases como "Libertas, id est jus naturale…". Ya indiqué que esta enseñanza romanista pervivió varios siglos dormitando entre las glosas y comentarios al *Corpus Juris*, y que fueron Andrés de Exea en un primer momento (1540), y veinte años más tarde Fernando Vázquez de Menchaca –este último de una forma mucho más completa y extensa- los que extrajeron las ideas sobre el derecho natural de los libros de los civilistas y le dieron una función operativa tanto en el derecho como en la teoría política.

El tercer camino por el que la idea universal del derecho subjetivo se impuso como la epifanía del derecho en la vida humana fue la filosofía y teología de los escolásticos que decimos que compusieron la Escuela de los Nominales. Voy a considerar muy convencionalmente que esta Escuela se impuso con fuerza especial con Juan Duns Scoto, en el siglo XIV. Algunos años más tarde, Guillermo de Ockham, con una filosofía especialmente opuesta a la de Scoto, trabajó bastante en pro del derecho subjetivo. Finalmente, esta figura triunfó en el siglo XV, en las plumas de Juan Gerson, Conrado de Summenhart, o Gabriel Biel.

---

[1] . *Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII,* en "Anuario de Filosofía del Derecho" XVIII (1975) págs. 263-305.

Hablaba de la radicalidad con que el hombre occidental ha vivido, y vive, ‘lo que es suyo’. No me refiero sólo a las cosas que son de alguien según el derecho real de propiedad, sino ante todo a ese *meum et tuum* que se extiende al uso libre de los miembros del cuerpo o de la propia persona. Adelanto que las explicaciones de los Nominales no han sido superadas filosóficamente en ningún momento posterior, por mucho que hablemos hoy de derechos humanos individuales.

§ 3. La polémica medieval sobre la pobreza evangélica.

Los Nominales establecieron sus doctrinas movidos por circunstancias históricas concretas. El ambiente en los monasterios se había relajado algo, y que emergieron las órdenes de los Franciscanos y Dominicos reclamando una vida evangélicamente más estricta, e insistiendo especialmente en la pobreza: de ahí su nombre de órdenes mendicantes, porque vivían de limosnas. San Francisco de Asís intuyó claramente que la mayor parte de los males humanos tenían su origen en la codicia. Quizá no andaba descaminado.

Los Dominicos no plantearon problemas a su época, pero los Franciscanos sí. En una época en la que las personas estaban divididas en status o *condiciones personarum*, los que integraban las órdenes religiosas vivían en el ‘estado de perfección’ (*status perfectionis*), que se caracterizaba por el ‘desprecio del mundo’ o *contemptus mundi*. Los que vivían en tal estado eran conocidos como ‘religiosos’, a diferencia del resto de los cristianos, incluido el clero.

Los Franciscanos acentuaron en la medida máxima el ‘desprecio del mundo’, y quisieron vivir no sólo al margen del derecho de propiedad, sino al margen de cualquier derecho: civil, natural, de gentes, etc. Ellos entendieron que Cristo había obligado a los Apóstoles a hacer voto de pobreza absoluta, y mantenían que “Ni Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada, ni en común ni en particular”. De acuerdo con esta tesis, ellos no querían ser propietarios de nada, ni cada fraile en particular ni la Orden en general. Pero, del mismo modo que el resto de las personas, necesitaban inmuebles para vivir. Honorio III, que fue el Papa que aprobó los Estatutos de los Hermanos Menores de San Francisco resolvió este problema estableciendo que los inmuebles en los que habitaban los Franciscanos eran propiedad de la Santa Sede, y que las cosas que usaban y consumían eran igualmente propiedad de la Sede de Roma. Como los Franciscanos se

negaban a usar el derecho, usaban y consumían estas cosas de acuerdo con un 'uso de hecho' o *usus facti*. Pero esta solución no convencía al resto de la Iglesia. Entre otras cosas, molestaba su actitud porque eran los únicos seres del mundo, junto con los esclavos, que no se rozaban con el derecho: eran los únicos cristianos 'puros'. La Santa Sede aparecía como la instancia mundana o poco evangélica que era la propietaria de los bienes que consumían los frailes de esta Orden. Parece que Nicolás III resolvió el problema legalmente pero no jurídicamente.

Rápidamente les hicieron varias objeciones. Una, que no consta que Cristo obligara a los Apóstoles a hacer voto de pobreza absoluta; es más, afirmar esto, suponía para muchos introducir un nuevo dogma de fe en la doctrina de la Iglesia. En el plano jurídico, había dos reparos: uno, más débil, que las acciones se pueden hacer con derecho o sin derecho, y si se hace sin derecho son injustas. El otro, más fuerte, que cuando una persona consume algo se hace propietaria de lo que ha consumido: cuando un Franciscano come su ración de comida se hace propietario de ella.

Recordemos que el derecho de propiedad estuvo mal considerado durante dos milenios. De acuerdo con la mentalidad romana, en la que estaba formada Europa, era un instituto introducido por el derecho de gentes que derogaba en este punto, como en otros, al derecho natural. Según declaraba la 'ley' *Ex hoc jure* (D. 1,1,5), en el estado de naturaleza no habría habido propiedades privadas, ya que habría dominado "La común posesión de todas las cosas", la *Communis omnium possessio*. Pero las circunstancias humanas hicieron necesario introducir las propiedades privadas, y con ellas entraron las guerras, ya que las guerras se hacían por el pillaje; por culpa de las guerras comenzaron las esclavitudes, pues era preferible que el prisionero de guerra permaneciera vivo, aunque fuera en condición de esclavo, que no que fuera sacrificado. El Papa San Gregorio Magno, que fue el gran reorganizador de Europa en el siglo VI, estableció que la propiedad privada tenía su origen en el pecado: no es que ser propietario fuera de por sí un pecado, sino que las propiedades no hubieran existido si los hombres no se hubieran depravado.

Los Franciscanos se esparcieron por todos los territorios cristianos con gran rapidez. Constituían grupos que iban predicando, de un lugar a otro, algo extraños. Hablaban en público con fuerza y vehemencia, ya que su espíritu era ante todo de alegría y entusiasmo; su condena de las propiedades les ganaba simpatías. Eran personas queridas que solían dormir en pajares o establos, y que comían estrictamente

gracias a las limosnas. Con el tiempo hubieron de vivir en 'conventos'. Pero este estilo de vida, con lo mucho que tenía de apasionado y desordenado, y de oposición al orden establecido, tenía peligros. El ala más radical de ellos, los *Fratricelli* (los 'Hermanitos') era muy radical en su condena a las propiedades. En 1333, una serie de hechos motivaron que los más radicales se separaran de la obediencia al Papa y mantuvieran, expresamente contra el Papa Juan XXII, que ni Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada. Se les unió el Emperador, Luis de Baviera, y movieron guerra contra el Papa. Los problemas acabaron cuando el ejército del Papa derrotó al del Emperador. La persona que más se distinguió en la defensa de la actitud de los *Fratricelli* fue otro Franciscano, Guillermo de Ockham.

Es patente que cuando alguien consume algo, se hace 'propietario' (en sentido amplio) de eso que ha consumido, y éste era un argumento irrebatible. En el siglo XIV (cuando la Orden Franciscana llevaba un siglo formada) se ocupó de este tema Juan Duns, natural de Escocia, y llamado por esto Scoto. Poco después, en plena guerra contra el Papa, Guillermo de Ockham. Y en el siglo XV, de forma bastante más diluida y confusa, Juan de Gerson, Conrado de Summenhart, Jacobo Almain y Gabriel Biel. La forma más bien coloquial, con tono de naturalidad, con la que se expresan estos últimos autores, muestra hasta qué punto se habían extendido estas ideas.

La solución colectivamente defendida fue la siguiente: Dios, al crearnos, nos ha dado poder sobre nosotros mismos, sobre nuestras personas, cuerpos y actos. Cada persona posee sobre sí misma un *dominium*, *potestas*, *facultas* o *jus*. La *facultas* es la figura primera de la dialéctica, que permite decir sí o no a una tesis: luego este dominio o poder de cada persona sobre sí misma consiste en hacer o no hacer *ad libitum*. La primera legalidad que existe es ésta; posteriormente se puede hablar de la ley natural, del derecho de gentes, del derecho civil, o del derecho de los juristas (*Jus Commune*). La ley natural apenas juega ninguna función en nuestra vida porque, desde Scoto, estas personas vieron a lo natural como lo no creado por el hombre, lo que 'está-ahí' y cuyas leyes hemos de obedecer para sobrevivir: lo que usualmente se llama visión moderna de la naturaleza ya estaba presente en Juan Duns.

Entendieron que los juristas romanos, que eran paganos y no pudieron conocer las realidades que sí conoce un cristiano, hablaron del valor jurídico de la ley natural por su ignorancia. Declararon reiteradamente que la ciencia del derecho no tiene ningún valor. El derecho civil bajo que el vivimos nos vincula por el consentimiento personal

que ha prestado cada cual, un consentimiento que –según la expresión de Scoto- se encuentra ya incluido en el 'hecho de la comunidad'. Un cristiano dispone de esta libertad personal, fundada en la *prima justitia Dei*, y de la ley del Amor de Dios, un Amor que se va concretando conforme descendemos a realidades más concretas: por lo general mantuvieron que nos vincula la ley del Amor y todas aquellas conductas que *consonen* con ella. Por ejemplo, Scoto se plantea si es lícita la poligamia: argumenta algo pesadamente y concluye que la poligamia, como implica un cierto desprecio hacia la mujer, se opone a la ley del Amor.

Estos planteamientos estaban basados en un cierto menos precio por la razón: no podía ser de otra forma, porque la tesis capital, que mantenía que un Franciscano no podía hacerse dueño de nada, no es defendible racionalmente. Tengo el convencimiento que el singular nominalismo de Ockham (que no hay que confundir con el nominalismo de los empiristas) respondió a esta exigencia de superar los moldes racionales. Ockham acentuó el 'ser-aquí' de cada cosa, lo 'esto' o *haec*, y sólo reconoció la existencia de 'ser-esto', llamado *haecceitas*, que vendría a significar 'estoidad'. No son válidos los conceptos pretendidamente universales que usan los juristas, tales como bienes muebles e inmuebles, consumibles y no consumibles: todos estos conceptos no son más que juegos racionales imaginativos: lo que verdaderamente existe es la vida santa y sacrificada de cada Franciscano que, en virtud del dominio que Dios ha dado a cada persona sobre sí misma, renuncia a cualquier uso del derecho.

La voluntad pasó a un primer plano, ya que cada hombre decide sobre sí mediante su voluntad, y los mandatos de los gobernadores seculares obligan por las voluntades conjuntas del legislador y de cada ciudadano, que ha dado su consentimiento a todas las leyes justas que dicte el gobernante.

(La figura de la persona) La génesis de la noción de persona fue la siguiente: los primeros cristianos que trataron temas doctrinales se vieron ante la dificultad de explicar que Dios es Uno pero es Trino. En un proceso históricamente complicado, llegaron a una fórmula conciliatoria: Dios es Uno, pero tiene Tres Personas. Bajo el término persona ha de entenderse un ser incomunicable, de forma que la nota definitoria más básica de la persona fue la de su incomunicabilidad, que es acompañada de una cierta soledad. Juan Duns Scoto, que además de Franciscano fue un místico destacado, estableció que cada persona constituye la última soledad del ser. Con el tiempo, a estas

dos notas (incomunicabilidad y soledad) se le añadió una tercera: la de la dignidad, porque este término había designado antes un cargo eclesiástico. Tal como explicaron muchos a lo largo de la Baja Edad Media, la persona se define por la incomunicabilidad, soledad y dignidad.

La noción de persona nació para explicar una dificultad teológica, pero ya en tiempos del Imperio Romano, los filósofos y teólogos extendieron estas tres notas a toda "Sustancia individual de naturaleza racional", según la definición de persona de Severino Boecio. Todos los hombres son igualmente personas, independientemente de su condición civil. Se llegó a una situación paradójica: el esclavo es inferior civilmente a su dueño, pero en lo realmente más importante es igual a él. Ésta era una vieja enseñanza cristiana que reiteró San Pablo, especialmente en su Carta a Filemón, pero que recibió una explicación filosófica gracias a la figura de la 'persona'.

Los Nominales usaron ampliamente la noción de persona, mientras que los tomistas fueron más reacios a usar este término. De hecho, si el investigador ojea el estudio de algún autor poco conocido de estos siglos, rápidamente percibe si es tomista o nominal, porque estos últimos usan omnipresentemente la palabra persona.

(Dificultades por tener en cuenta sólo a las leyes y no al derecho) Pero las dificultades emergen por sí solas. Veamos dos casos. Conrado de Summenhart, activo hacia 1440, personaje extraordinariamente influyente en su época y en siglos posteriores a través de su "Tratado de los contratos", se plantea si la patria potestad puede ser explicada según el patrón del dominio. Patentemente, no, porque un padre no puede actuar o no actuar con sus hijos, o no puede hacer lo que quiera (*ad libitum*) con ellos. Él mismo se ha planteado este problema, y tras exponer la dificultad transcrita, indica, sin más explicaciones, que todo el derecho ha de ser entendido bajo el modelo del *dominium* individual.

El otro autor al que podemos referirnos es Gabriel Biel, algo posterior, ya que murió a comienzos del siglo XVI. Fue discípulo de Ockham muy expresamente y acaba prácticamente todos los capítulos de sus obras indicando "Y de este tema trató el maestro Ockham en tal sitio". El dominio fue diseñado sobre el modelo de la facultad, y la *facultas* es la figura primera de la Dialéctica, la posibilidad de decir sí o no libremente a una tesis; al montar el dominio sobre el modelo de la facultad recalcaban

aún más que cada cual tiene capacidad para decir sí/no, es decir, para hacer lo que quiera con lo que es suyo. Biel se plantea qué es la libertad, y explica que la facultad para hacer o no hacer. Pero esto no se puede mantener, porque estamos trabajando en el campo del derecho, y tratamos de la libertad jurídica, no de la libertad mecánica o física. Desde el punto de vista de la libertad simplemente física, un hombre puede dar una paliza a un niño, si él *quiere*, pero nadie tiene esta libertad en el campo propiamente jurídico. Biel concluye indicando que tenemos libertad para hacer lo que es bueno, no lo que es malo. Pero en tal caso hay que objetarlo que el fundamento último de la libertad ha de tener en cuenta lo que es lícito y lo que no, de modo que no basta con la simple facultad para hacer.

II

TOMÁS DE AQUINO

Parecería que la exposición de la doctrina de Tomás de Aquino debería anteceder a la de Juan Duns Scoto, ya que el de Aquino vivió en el siglo XIII y Duns en el siglo siguiente. Pero el desarrollo doctrinal de los grandes problemas filosóficos se adapta mal a la cronología. Scoto y sus seguidores se hicieron fuertes en el sentido común dominante que ya existía antes del siglo XIII y que siguió dominando hasta la Edad Moderna, a la que prestó sus principales bases intelectuales, que siguen siendo las nuestras, de hoy. En cambio, el tomismo no se ajustó a lo que exigían los tiempos nuevos: la doctrina aristotélico-tomista constituyó, por decirlo así, un apósito en nuestra cultura, mal entendida por los propios tomistas de los siglos XV y XVI. La condenaron a la muerte histórica tanto la metafísica de Luis de Molina como las confusas explicaciones de Francisco Suárez, porque ambos autores fueron los maestros de las corrientes no materialistas de la Modernidad. Desde el siglo XVII sólo los escolásticos mencionaron a Tomás de Aquino, pero era tal el prestigio de Suárez, que entendieron que este jesuita culminaba la Escolástica y, por tanto, era como el mejor intérprete de Tomás. Esta confusión fue la que causó en mayor medida la muerte académica de las doctrinas tomistas. Tomás de Aquino no fue superado: fue malentendido.

El de Aquino ha sido el mejor teórico, tanto por su extensión como por su profundidad, de la *jurisprudentia* romanista y de las nociones del derecho natural que se encuentran en ella. No haríamos justicia a la historia si lo mencionáramos de pasada, como el autor más importante de la Escolástica, entre otras cosas porque Tomás fue poco escolástico en el sentido usual del término. Él bebió indistintamente en fuentes griegas, escolásticas y romanas, y la suya es una síntesis de bastante más amplitud que las de los juristas que reflexionaron sobre el método del *Jus Commune*, como hicieron, en la segunda mitad del siglo XVI, Joachim Hopper, François Conan, Albertus Bolognettus o Pierre de la Grégoire, y de distinta naturaleza que las de los escolásticos tardíos, como Molina o Suárez.

§ 4. ¿Un orden metafísico?

Está extendida la idea de que los teólogos medievales creían en la existencia de un orden armonioso y universal que el ser humano sólo tenía que descubrir mediante su razón. Entre otros muchos la expresa Cassirer, quien explica que la revolución de la Edad Moderna consistió en que, "Junto a la verdad de la Revelación se nos presenta ahora una verdad de la naturaleza, autónoma, propia y radical. Esta verdad no se nos ofrece en la palabra de Dios, sino en su obra ... Es legible tan sólo para aquel que conozca los rasgos de la escritura en que se expresa, y se para a descifrarlos". Por el contrario, "La misión del pensamiento medieval consistió sobre todo en copiar la arquitectónica del ser, describiéndola en claras líneas fundamentales. En el sistema religioso de la Edad Media, como lo formuló la escolástica, cada realidad tiene su lugar fijo e inconfundible y, con este lugar, con la distancia mayor o menor a que se haya del ser de la causa primera, se determina también su valor".

Si aceptamos la idea que expuso Cassirer hay que suponer que la Filosofía y la Teología medievales formaron una unidad. Pero la Escolástica de la Baja Edad Media estuvo lejos de formar una unidad: en ella más bien observamos tensiones entre las Escuelas de Derecho y las de Artes, luchas entre filosofías diversas que frecuentemente se oponen, como sucedía entre Tomás y Scoto, por citar solamente a los dos rivales por antonomasia. Es opinión extendida que Tomás de Vio (el Cardenal Cayetano), el primer gran comentador de la obra tomista, se apartó del espíritu del texto que comentaba. Los Salmanticenses, los más fieles a Tomás en el interior de la Segunda Escolástica, introdujeron un talante que no sabría cómo llamarlo (¿más racionalista?), que era algo ajeno a la enseñanza tomista. Y los últimos escolásticos españoles del siglo XVI, Vázquez, Molina y Suárez, se apartaron *todo coelo* del espíritu de la Edad Media. Si completamos este cuadro con el semi-nominalismo de Guillermo de Ockham y las aportaciones de Gerson, Conrado, Biel y Almain -cuatro escolares cuya importancia en el marco de la Filosofía escolástica difícilmente se exagerará-, carece de fundamento la tesis que mantiene que desde el siglo XI al XVI las Escuelas construyeron un edificio sistemático, dominado por la Teología.

Lo único cierto es que esta época fue confesionalmente católica, a pesar de que algunos escolares (pensemos en David de Dinand, por ejemplo) sostuvieron doctrinas más averroístas, y consiguientemente panteístas, que no cristianas. Pero cuando el investigador se asoma a los libros de la Baja Edad Media no observa jerarquías

armoniosas, ni siquiera en el interior de la obra de Tomás, que trató ante todo de mostrar cómo la Fe cristiana no era incompatible con el discurso racional, pero no de crear un sistema más o menos racionalista con sus conceptos jerarquizados. Todo lo que se puede decir sobre la Escolástica es que la Baja Edad Media usó lo que en el siglo XVI ya se llamaba la 'Filosofía escolástica', que es la que argumentaba de la mano de las categorías de sustancia-accidente, causa-efecto, materia-forma, y otras muchas. Por lo demás, la explicación de los últimos fundamentos del derecho y de la justicia que ofreció Tomás es tan secular como la de cualquier jurista romano, como pudieron ser Mucius Scaevola o Papiniano, que no excluían a Dios de sus explicaciones, pues todo el *Corpus Juris Romanorum* descansa en definitiva sobre los *Tria principia juris* que expuso Ulpiano: "Vivir honestamente, no dañar a nadie, dar a cada uno lo suyo": *Honeste vivere, neminem laedere, jus suum cuique tribuere*.

§ 5. Una opción básica.

Nosotros, bajo la influencia del pensamiento materialista que cuajó en el mecanicismo del siglo XVIII, tendemos hoy a considerar que el universo es como una máquina en la que cada elemento posterior es movido por otro anterior: el coche es propulsado por sus ruedas, las ruedas son movidas por los elementos de la transmisión, éstos por el motor. El ser humano sería un organismo o máquina movida por sus apetitos. Tomás conocía bien esta idea global del universo, y del hombre, y de cuando en cuando se entretiene en ella.

Concretamente, él explica que existen dos actitudes sobre el origen de las cosas: una es la propia de la Fe cristiana, que enseña que las cosas fueron creadas por Dios, y la otra la de algunos filósofos que entendieron que las cosas habrían existido eternamente. Estos filósofos 'naturales' (él los suele llamar los *Antiqui naturales,* sin más) habían creído que la materia es la misma sustancia de las cosas, por lo que todas las formas serían accidentes de aquella única materia. Como solamente existiría materia y movimiento, Demócrito entendía que las acciones de los hombres consistían en un flujo de átomos que salían del cuerpo del agente y producían una 'pasión' (presión) en el otro a través de los poros del cuerpo. Así, Empédocles o Demócrito no distinguían entre el intelecto humano y los sentidos, y el hombre quedaría siempre en el mismo plano que las demás cosas, porque su intelecto no sería más que la fuerza corpórea que se sigue desde las sensaciones. El alma, en todo caso, sería solamente la armonía entre

las distintas partes del cuerpo, y todos los movimientos de los hombres serían de la misma naturaleza, idénticos con los de los seres inanimados. Una sola materia, un solo tipo de movimiento, una única ley natural. Era preciso optar.

En la visión tomista del mundo, que es la visión propia de un biólogo, 'las cosas' (en plural) están en continuo movimiento propio, porque nada las empuja violentamente: son ellas las que tienden hacia lo suyo con fuerza o poder propio, pues el de Aquino entiende que la naturaleza es un término con varios significados, y designa por igual lo que una cosa es (su forma o esencia) como el movimiento propio y peculiar de cada ser. Él no acepta que exista un solo tipo de movimiento, igual para todas las cosas: por el contrario, afirma que cada ser tiene un movimiento distinto. Porque los *Naturales* han mantenido que las cosas sólo reciben un movimiento externo o violento a ellas mismas, y sucede más bien que observamos dos tipos de movimientos: el natural, que siempre está causado por una causa final, y el externo o violento. Este último es el de las cosas inanimadas, que son movidas por otras mediante exclusiones que repelen, creando impulsos: el movimiento físico consiste en un choque de cuerpos, por el que uno empuja a otro. Junto a éste, está el de las cosas animadas, que se encaminan a su propio fin con un movimiento que es interno a ellas mismas (y por eso no es violento) y que no se basa en la exclusión que procede de la repulsión, sino en la colaboración.

Es lógico que nos preguntemos por qué Tomás se aparta de la filosofía materialista para seguir esta explicación biologicista. La respuesta está, precisamente, en la observación que es propia de un biólogo. Las cosas físicas se mueven por movimientos simplemente físicos, esto es, por impulsiones violentas, y el movimiento sólo puede ser un cambio de lugar. Pero si una paloma 'desea' llegar a ser una paloma en su plenitud, parece que hay una meta final (la forma de la paloma) que es la determinante para que este animal llegue a ser lo que ha de ser. Esta meta final es la que determina, en definitiva, que una paloma llegue a su plenitud, y que un gorrión trate de hacer lo mismo, llegar a ser un gorrión adulto, no otra paloma. Estamos ante una intuición extremadamente básica, que no se deja explicar por factores más elementales: el hombre ve cómo todos los caballos tratan de llegar a ser caballos, y todas las rosas tratan de llegar a ser rosas. Luego lo que constituye a la rosa y lo que constituye al caballo es una realidad que ya está dada aún antes de que cada uno de ellos comience a existir.

§ 6. El alma humana.

¿Cómo conoce el hombre? De acuerdo con lo que había expuesto Aristóteles fundamentalmente en su tratado "De anima", nuestro conocimiento es en un primer momento teórico, ya que comienza desde la razón teórica, que se nutre en primer lugar de los datos que le proporcionan los sentidos, porque el conocimiento humano principia desde la sensibilidad. Esta tesis hay que entenderla con cierta radicalidad, esa misma radicalidad que propuso Aristóteles y que siguieron sus comentadores alejandrinos, Filopón, Simplicio, Alejandro de Afrodisias y, más tarde, Tomás de Aquino. Todos ellos entienden que la formación del alma del hombre comienza por los alimentos, y distinguen cuidadosamente los alimentos que se comen crudos, y los cocinados.

El momento culminante de la explicación del alma humana viene en el momento de tratar los cinco sentidos, vista oído, olfato, gusto y tacto, a los que dedican la mayor parte de sus tratados y comentarios; el sentido dominante en el hombre es –igual que en el resto de los animales- el del tacto, ya que él es el más inmediato y fundamental, y constituye, en definitiva, la garantía última de la fiabilidad de todo el conocimiento humano. Todo conocimiento, incluso el de las realidades estéticas más altas, principia por los sentidos. Aristóteles y sus discípulos entendieron, frente a Platón y los platónicos, que no existe una intuición directa de la razón humana en un mundo nouménico, del estilo del platónico; al contrario, lo que la experiencia enseña es que lo que no es conocido por los sentidos, no es conocido de ningún modo. Una vez que los datos sensoriales llegan a la mente humana, el intelecto agente capta las formas universales de lo que ha conocido sensorialmente, de modo que el contenido de la percepción sensible se 'transmuta' y se convierte en un dato racional.

Finalmente, dedican unas pocas páginas a aludir a la naturaleza racional del hombre.

La idea del alma como una especie de espíritu que habita en el interior de cada cuerpo humano y que se va fuera de él cuando el hombre muere, es ajena a esta filosofía. Observo que la expresión 'inmortalidad del alma' (que tanto usó Kant) es de origen moderno; desde luego está ausente en las obras de los medievales, para los que el alma viene a ser todo el hombre como hombre, esto es, como ser vivo: el alma es la actualidad de la vida humana. El hombre es todo el hombre, y en el Credo no se menciona a la inmortalidad del alma, sino a la resurrección de la carne, es decir, del hombre.

El ser humano conoce en un primer momento mediante sus sentidos y después crea contenidos racionales con lo que ha conocido. ¿Por qué percibimos sensorialmente de los modos cómo lo hacemos y formamos nuestros conceptos tal como los formamos? Pues cuando un hombre ve a una paloma, le resulta ‘evidente’ que ese animal es precisamente una paloma. Esta evidencia resultaba desde la adecuación natural (por así decir) entre las facultades cognoscitivas del hombre y las cosas que son conocidas, porque son las cosas las que crean al hombre y su conocimiento. En Tomás el ser humano es un resultado de sus necesidades, de modo que las potencias humanas, también las cognoscitivas, son una consecuencia de lo que le viene exigido en el mundo y en la historia. Tomás habla de las potencias y facultades humanas y, sobre todo, de los objetos que hay que conocer fuera del hombre; son esos objetos, los que una vez asumidos por el ser humano mediante el conocimiento, dan lugar preferentemente a lo que la razón es, y a lo que el hombre es, por lo que el concepto de hombre no es verdadero ‘por sí mismo’, sino sólo “Por referencia a las cosas”.

En la escolástica distinguían dos facultades intelectuales, la razón y la voluntad, y cinco sentidos: vista, oído, olfato, gusto y tacto. Pero estas dos facultades y cinco sentidos no son como potencias por las que el ser humano se enfrentara al mundo que lo rodea; al contrario, existe el oído porque hay sonidos que oír, la vista porque hay figuras y colores que ver, la razón porque hay ideas que conocer. Aquellos sonidos, figuras, colores e ideas dan origen a lo que el hombre es, porque el hombre es una síntesis de lo conocido y de sus potencias. El de Aquino parece considerar una unidad operativa entre las ideas y la razón, entre los colores y la vista, etc. La interdependencia entre el hombre y su entorno es constante. En realidad, la vista no es nada distinto de las figuras y los colores, del mismo modo que la razón no es nada substancialmente distinto de las ideas que conoce, de forma que si el hombre puede conocer, en general, es porque los objetos conocidos y las potencias que conocen están ‘próximos’ y son similares, ya que aquellos han dado origen a éstas.

§ 7. Razón y voluntad.

Mediante el juego de la razón el hombre conoce las cosas como buenas, malas o indiferentes, aunque Tomás de Aquino mantenía que nada era indiferente. Una vez conocidas las cosas como buenas o malas, surge en el hombre una tendencia hacia aquello que conoce como bueno, y una aversión hacia lo que capta como malo, y a esta

tendencia la llamaron voluntad. La voluntad no se encapricha –por así decir- con cosas que no son suyas, sino que reconoce lo que es bueno porque es suyo: el *suum* naturalmente adecuado al hombre es la fuente de lo bueno, y si una voluntad interviene imponiendo algo que no es *propio* del que ha de actuar, esto es un movimiento violento, que repugna a la voluntad. En la medida en que la voluntad persigue algo suyo, mostrado por la razón, voluntad y razón se imbrican en esa pretensión ya racional porque, además, la voluntad no es una potencia ciega, que persiga sin más el bien que le muestra la razón, sino que ella es también una potencia inteligente. Él entendió que nadie se dirige hacia lo que conoce como malo, sino solamente hacia lo que capta como bueno, porque lo que mueve a la voluntad a actuar es, en definitiva, el amor, ya que según Tomás todos los movimientos naturales de las cosas tienen su origen en el amor.

Así, el acto moral se componía de dos momentos distintos. Uno, el cognoscitivo, porque alguien conoce algo y entiende que eso es bueno para él, aunque objetivamente puede equivocarse. El segundo momento es el de la voluntad, que ama lo conocido como bueno, o que siente aversión contra lo malo; también este momento puede fallar, porque la experiencia enseña que hay personas con poca voluntad que no acaban de tender decididamente hacia lo que conocen como bueno, o no tratan de evitar lo que captan como malo. Además, Tomás entendía que en casi todo lo bueno hay algo de malo, y en casi todo lo malo hay algo de bueno; en tal caso, el hombre, tiende a lo que es malo “Porque retiene algo de bueno”.

Esta polaridad entre razón y voluntad se completaba con la de *ratio*-*intellectus*. El *intellectus* es la dimensión de la razón que nos permite conocer directamente, esto es, intuitivamente, lo que está bien o mal humanamente. La otra dimensión de la razón distinta del *intellectus* es la llamada *ratio* o razón, que presenta una fuerte vertiente técnica o poiética (del griego poiesis o técnica), llamada también *dianoia*, que hace teoremas o silogismos, esto es, sirve para calcular, prever, construir, etc. Pero esta dimensión de la razón no muestra por sí sola lo que es bueno o malo humanamente; de hecho, una persona mala (un bandido) puede ser muy inteligente desde el punto de vista de esta faceta de la razón, mientras que tiene su intelecto corrompido. El *intellectus*, realidad también racional, muestra la adecuación de las acciones a lo que es el hombre, y distingue las acciones que fomentan la humanidad del hombre de aquellas otras que disminuyen o menoscaban esta humanidad.

Lo primero que capta el intellectus son los “Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”, que provienen desde una participación de la razón del hombre en la razón de Dios. Estos principios son los que forman el sustrato más básico de la vida moral y jurídica del hombre, ya que nos muestran que es malo robar o asesinar, y que es bueno ayudar al que está en extrema necesidad o cumplir la palabra dada. Los escolásticos indicaban que son comunes porque los entienden o los han de entender todos los hombres. Los llamaban indemostrables porque no pueden ser argumentados: si alguien no entiende que no debe maltratar a sus hijos, sencillamente no entiende el principio que prohíbe maltratar a los hijos. Stephen Toulmin comparaba estos casos a los de los daltónicos: una daltónico no ve los colores, y es inútil que se le intente explicar cómo es cada color: seguirá sin verlos aunque pueda reconocerlos.

§ 8. Conocemos poco de las cosas.

El hombre, considerado como sujeto activo, posee, ciertamente, potencias o facultades con las que puede conocer y manipular la realidad; pero el ser humano es también lo que conoce, que él incorpora a sí mismo a través de los procesos de los distintos conocimientos; si hablamos de conocimiento, en singular, para referirnos a todo el conocimiento humano, eso sólo lo podemos hacer de una forma metafórica o analógica, porque, según Tomás, nuestro conocimiento se compone de conocimientos distintos que dependen de las cosas diversas que hay que conocer. Su regla más básica es la que condensa en el aforismo “Las cosas distintas se conocen de modos distintos”, ya que “En todas las potencias que se mueven por sus objetos, los objetos son naturalmente anteriores a los actos de esas potencias, del mismo modo que el motor es naturalmente anterior a lo que es movido”. De ahí su insistencia en el protagonismo de los objetos conocidos cuando explica la génesis del conocimiento, y por ello reitera que son los objetos los que ‘especifican’ a las potencias humanas, lo que implica que el ser humano tendrá tantas facultades cognoscitivas como tipos de objetos tiene que conocer. Porque las cosas se manifiestan a los hombres, pero no del mismo modo, sino que cada una de ellas tiene su modo propio.

La regla de oro de Tomás en estas materias es la que podríamos enunciar como el tratamiento ‘según la materia’ (*subjecta materia*), que implica que no podemos pedir o exigir más que aquello que es propio de la materia que estudiamos, que en este caso es el hombre y sus operaciones. Cada cosa impone su propio acceso epistemológico y cada

una de ellas se deja conocer en medida distinta.

Al tener en cuenta estas observaciones, vemos que en Tomás de Aquino no existe lo que pudiéramos llamar imprecisamente la verdad del hombre, o el concepto o la idea del hombre (al menos en el sentido moderno), porque no piensa en una única capacidad o facultad humana que permitiera que el hombre se captara a sí mismo y se comprendiera: el hombre se comprende a sí mismo adecuadamente, esto es, de forma simplemente suficiente para algunos fines, pero no perfectamente. Tengamos presente que el conocimiento humano es en parte sensitivo y en parte racional, pero todos los conocimientos humanos principian o comienzan desde los sentidos, de forma que la razón humana forma conceptos e ideas con los datos que le proporcionan los sentidos: el hombre es como el rey Midas, con la diferencia de que, en lugar de transformar en oro lo que toca, convierte en racional todo lo que conoce mediante la sensibilidad.

Si tuviera razón Platón, el hombre conocería su propia idea de un solo golpe de intuición, y sabría perfectamente lo que él es; pero no es esto lo que nos muestra la experiencia. El conocimiento humano no puede ser tan directamente intuitivo porque nuestros conocimientos (siempre plurales porque son distintos) principian por los sentidos, y la angostura de la sensibilidad hace que lo que llega finalmente a la razón sea poca cosa. Efectivamente, todo el conocimiento del ser humano se ve afectado, antes o después, por las limitaciones que le impone su condicionante sensorial, y esto determina que su conocimiento sea normalmente de poca calidad. La razón y el intelecto no nos indican mucho sobre lo que ellos mismos son, porque ante todo nos informan sobre cómo conocemos, y no lo que son las cosas o lo que son ellos. El alma humana carece de una actividad autorreflexiva suficiente que permita que el hombre se vuelva sobre sí mismo y se conozca acabadamente, por lo que nos conocemos, por así decir, por indicios. De ahí su oposición frontal a Platón, que había entendido que el hombre conoce directamente y sin mayores problemas el noúmeno en el que las cosas son. Porque, con respecto a las ideas, nociones o formas de las cosas, el hombre sabe ante todo cómo operan, pero no tanto qué son o en qué consistan, dado que solamente conoce su alma por sus operaciones, no en su esencia. El conocimiento humano nos enseña el ‘cómo’ de lo conocido, no que el ‘qué’ de lo que conocemos.

Frente a los Platónicos, explica que “Podemos decir que la capacidad humana es una perfección ‘según el modo de ser del hombre’, que no puede comprender con certeza la verdad de las cosas mediante una intuición simple, especialmente en los temas

prácticos humanos, que son contingentes". Como es lógico, el ser humano únicamente puede pretender encontrar alguna certeza, según lo que "Conviene a la materia que es conocida". El hombre es, pues, un ser deficiente, porque su conocimiento comienza por los sentidos y, aunque tenga capacidad racional (esto es, argumentativa o demostrativa), la razón sólo puede deducir desde unos axiomas, y esos axiomas han de ser conocidos, en definitiva, por inducción desde lo suministrado por las percepciones sensibles porque únicamente conocemos el *cómo* de las cosas según la forma de conocer del hombre. Solamente conocemos según la necesidad de la ciencia, no según la necesidad de la naturaleza. El hombre ni siquiera sabe expresar mediante su lenguaje lo que capta nuestro entendimiento, porque nuestro intelecto comienza a razonar desde los datos de los sentidos, y no es capaz de trascender el modo cómo los sentidos los expresan.

Aletea desconfianza en la legalidad o en la capacidad propia de la razón, porque él explica que "La razón y la verdad tienen fundamentos distintos", tesis que es quizá la piedra fundamental de todo este discurso. Lo que parece decisivo es la evidencia personal sobre la verdad, a pesar de que esta evidencia necesariamente ha de tener forma de evidencia racional y por tanto objetiva: "La certeza de la razón proviene del intelecto, aunque la necesidad de razonar proviene del defecto del intelecto". Una tesis que no hubiera entendido Descartes. El de Aquino da a entender que 'las cosas' son transformadas o reelaboradas en el proceso racional, de forma que al final del proceso obtenemos una pobre réplica de la realidad que hemos conocido. La razón ha de acomodarse a las cosas, porque no es el proceder racional o la *ratio rationis* la que mide a las cosas, sino al contrario: "La razón humana no es la medida de las cosas, sino al revés". Obviamente, el intelecto humano solamente es verdadero en la medida en que *consonat* con las cosas. Algunos teólogos y filósofos posteriores realzaron la importancia de la participación humana en el entendimiento divino por lo que, al menos desde este punto de vista, el intelecto humano poseería un anclaje fuerte. Pero ésta fue una tesis moderna, no medieval. Porque los medievales entendían que si se exageraba la presencia del *nous* en la mente humana habría que concluir, con Averroes, que tal *nous* es el mismo Dios presente en todos los hombres. Tomás prefiere entender que la ley natural es una realidad propiamente, o ante todo, humana.

La tesis de una naturaleza humana completa o acabada, que sólo hubiera que conocer para saber qué es lo que demanda el hombre es ajena al pensamiento tomista. La Baja Edad Media tomista más bien consideró fines (bienes) concretos del hombre.

Los que siguieron a Duns Scoto aludieron a la ley del Amor de Dios y desdeñaron tomar un serio una naturaleza que más parecía *pronior ad malum*, inclinarnos al mal. En cualquier caso, no tenía sentido remitirse a algo tan abstracto como la naturaleza del hombre: los tomistas se movieron en un plano medio alejado tanto de la inmediatez de los intereses empíricos como de las alturas de los ideales, entre otras cosas porque entendieron que el ser humano tiende hacia las cosas tanto por ellas mismas como por sus efectos, y los efectos de cada cosa son distintos, aunque se trate de una sola y misma cosa. Además, el de Aquino entendía que la voluntad del hombre no es movida por la cosa en sí, sino por una relación especial que se establece entre la cosa y cada persona.

Según Tomás, la naturaleza de cada cosa es su modo de actuar de acuerdo con su forma, es decir, con su alma. Las naturalezas determinan los movimientos propios de cada ser, siempre en pos de llegar a ser lo que ya son de acuerdo, preformadamente, con su forma. Además, los seres humanos no solamente son aquello que le dicta su especie o forma: también existe una segunda naturaleza que la proporciona cada individuo, de modo que junto a la naturaleza propia de la especie estaría la naturaleza propia de cada persona.

Fue Juan Duns Scoto el que se opuso a esta dependencia de las potencias cognoscitivas desde las cosas conocidas, porque Duns entendió que el hombre dispone de potencias que no las debe a las realidades que son conocidas. Scoto enfrentó al hombre con la realidad, haciendo de esta última algo ajeno en principio a lo que es el ser humano. Ello tuvo una importancia enorme en la historia de la Filosofía y de la ciencia; porque Scoto separó al hombre de su entorno natural. En Tomás el hombre se engolfa en el conocimiento de lo que él es y lo que la naturaleza le muestra, por lo que la máxima aspiración humana es el conocimiento, porque como el hombre es él mismo naturaleza, el género humano puede alcanzar, por connaturalidad, un cierto conocimiento de su entorno. Duns, en cambio, al oponer el hombre a la naturaleza, concibe una naturaleza extraña, cuando no hostil, al hombre. La tarea del ser humano es entonces la de dominar artificialmente su entorno para cumplir su fines últimos, como son la supervivencia y la realización del amor a Dios, según Scoto.

§ 9. Las naturalezas de las cosas se conocen por sus efectos.

La forma es, antes que nada, el origen de la actuación o movimiento, pero la

tendencia o tensión que genera este llegar a ser, no se puede explicar al modo como explicamos en la Lógica que las conclusiones se derivan desde los principios. Porque (y esto es decisivo para entender la propuesta tomista) “No se dice que es moral cualquier virtud, sino solamente aquella <virtud> que reside en la fuerza apetitiva”. Los seres han de moverse según les dicta su *propia* apetición; de lo contrario serían violentados, y el movimiento natural es el que se sigue desde la apetición propia, no desde alguna norma externa a ese ser. Explica reiteradamente que ha de haber una determinada relación entre el sujeto que tiende a algo y aquello a lo que tiende, de modo que el hombre no tiene por qué tender a cualquier cosa buena, sino solamente a aquello que es suyo, porque él entiende que “Es bueno solamente aquello que procede del sujeto que obra, no lo que proceda de otro”. Estamos ante el problema de las ‘medidas ya medidas’: el ser humano solamente se deja medir por unas medidas que ya estén ellas previamente medidas de acuerdo con la situación, con lo que es el hombre, etc., de forma que se inclina por sí mismo a hacer algo, y entonces no hablamos de operación humana sin más, sino de operación propia.

Este tema es malentendido a veces porque algunos entienden que Tomás propuso que el hombre debía hacer lo posible por hacer realidad su forma o esencia: esto, así planteado, es tan cierto como falso, y es una fuente de confusiones. Porque Tomás concede poca atención a la naturaleza del hombre en general (que es lo mentado con las palabras forma, idea, naturaleza, esencia, y otras similares), porque es un concepto excesivamente amplio. La naturaleza del hombre como entidad inmutable y eterna fue una creación doctrinal de los teólogos españoles del siglo XVI XVII, a partir de Gabriel Vázquez de Belmonte; no sucedió que estos teólogos tardíos crearan esta teoría, pero sí fueron ellos los que la popularizaron. El de Aquino, en cambio, establece que “Los universales no mueven, sino los particulares en los que está el acto”. Para conocer bien una cosa no hemos de indagar solamente en su esencia o idea: la única forma de conocerla acabadamente es observando como actúa. Un pensamiento más centrado en las ideas, entendería que primero hay que conocer lo que es cada cosa, y posteriormente sabremos sus modos de comportarse, de modo que su comportamiento correcto sería aquel que se adecuase a su idea, naturaleza, forma o esencia. La tesis de Tomás es más bien la opuesta: de acuerdo con su talante de biólogo, él entiende que solamente tendremos un conocimiento acabado de una cosa cuando conozcamos sus operaciones, esto es, su capacidad y fuerza de actuar. Porque los seres no solamente

obran mediante conductas objetivas, sino que también hay que entender que, aunque hagan lo mismo, lo que realmente hacen puede ser distinto según el modo diverso como cada cual actúa. Por eso hay que atender al ‘motivo propio’ por el que obra cada cosa.

Si el hombre es un ser que no siempre dispone de normas precisas para alcanzar su meta final (la felicidad o *beatitudo*), esto se debe a que la observación de lo que él ‘es’ no puede consistir en una mera contemplación de una realidad acabada. Según Platón, el conocimiento de la idea del hombre acabaría con nuestras perplejidades, pero el de Aquino rechaza esta explicación de la Filosofía platónica con especial viveza. Tomás entiende que el conocimiento de algo se obtiene ante todo por la observación de sus operaciones, esto es, de su forma propia de actuar. Pues de la forma cómo actúa cada ser resulta la medida de sus comportamientos, ya que “Virtus vero natura rei monstrat”, es decir, la capacidad de un ser en sus actuaciones es la que nos muestra la naturaleza de ese ser, pues cada cual actúa de acuerdo con lo que es. Si alguien supone que hay que conocer lo que una cosa es para saber cómo ha de comportarse de acuerdo con lo que ya es, Tomás considera que este planteamiento esconde una falacia, pues “La vida del que vive consiste en el mismo vivir cuando lo consideramos de forma abstracta: del mismo modo que correr no es, por sí mismo, otra cosa que correr. El vivir de los seres vivientes es el mismo ser de ellos”.

Además, el hombre no está determinado únicamente por sus condicionantes biológicos. Tomás entiende que todo estado cultural y social es también natural en buena medida. Aristóteles había dejado escrito que el hombre es un animal político, y Tomás añade: “Animal político y social”. Lógicamente, la regulación de las conductas de los seres humanos toma en cuenta también los factores culturales, también los legales, por lo que la noción de la medida adecuada se dilata mucho más ampliamente que si pretendiéramos considerar al hombre ‘en sí mismo’, al margen de la sociedad. El momento cultural en el que vive cada cual forma parte también de su naturaleza, y ya he aludido a las dudas y contradicciones de los juristas bajomedievales en el momento de determinar si el derecho de gentes es verdadero derecho natural. Esta cierta consustancialidad entre el hombre histórico y su cultura determina que la vida humana no consista en seguir una perfección lineal en la historia, como si cada vez nos fuéramos acercando más a nuestro fin definitivo. Al contrario, la sucesión de los distintos momentos de las culturas determina que el hombre vuelva sobre sí mismo y se modifique, por lo que los criterios de los actos serán distintos en cada caso.

§ 10. Derecho y moral: "medium rationis" y "medium rei".

El gran criterio diferenciador que usa Tomás entre la moral y el derecho es el que propuso sucintamente Aristóteles en el Libro V de la moral a Nicómaco. Siguiendo las indicaciones muy someras de Aristóteles, Tomás indicó que lo justo constituye, desde el punto de vista de su medición o cálculo, un *medium rei* (un 'medio de la cosa'), porque aquello que hay que dar a otro ha de ser calculado al filo de la cosa o relación que nos une con esa otra persona. Por ejemplo, el profesor ha de explicar con la claridad necesaria para que le entiendan sus alumnos: esta exigencia constituye un 'medio de la cosa' de la docencia, y es un derecho que tienen los alumnos al margen de las disposiciones subjetivas del profesor, de forma tal que si un profesor que no sabe explicar alega su buena voluntad, esta disculpa no sirve: esa persona no debe continuar ejerciendo la enseñanza. En cambio, en las virtudes que no son la justicia, el cálculo de lo que hay que darse a sí mismo o a los demás no ha de ser hecho desde una cosa externa al sujeto que actúa (como es la docencia) sino desde el mismo sujeto mismo y desde sus necesidades personales, y a este 'medio' lo llamó *medium rationis*, para diferenciarlo del *medium rei* por el que se mide la relación de justicia o jurídica.

Las diferencias entre ambos 'medios' las entenderemos mejor con un ejemplo: lo que sería demasiado comer para Flacus, es poco o está bien para Crasus. En cambio, las competencias (derechos y deberes) del profesor y de los alumnos no se determinan por lo que necesiten personalmente unos u otros, sino por las exigencias objetivas de la docencia: los alumnos pueden exigir al profesor que explique cosas interesantes de acuerdo con la asignatura, que lo haga con claridad y precisión, etc. El profesor puede exigir a los alumnos que asistan a clase (si ése es el caso), que guarden silencio, etc. Como el profesor y sus alumnos se relacionan por medio de la docencia-discencia, unos y otros pueden exigirse jurídicamente conductas determinadas por el vínculo que los une, pero no pueden exigirse conductas externas a ese vínculo, como sería hacerse favores personales. Ésta es quizá la razón última por la que el derecho tiende tanto a cosificar las conductas humanas: el derecho civil (otra cosa es el derecho penal) no considera tanto personas como cosas y sus exigencias, y mide lo que es debido atendiendo a la relación que vincula al deudor y acreedor: no personaliza en la misma medida que la moral o el derecho penal.

La afirmación de la capacidad humana para determinar de algún modo el medio

objetivo suponía confiar en las posibilidades de la razón. Tomás, al tener formación aristotélica, era moderadamente racionalista, y en esto coincidía con los juristas del *Jus Commune*. En cambio, Juan Duns Scoto, a pesar de afirmar la posibilidad del estudio 'formaliter' de las realidad, negó que pudiera existir tal tipo de 'medio'.

§ 11. ¿Cómo calcular el 'justo medio'?

Aristóteles dejó expresado en su "Moral, a Nicómaco" que la virtud, es decir, la vida humana adecuada a lo que el hombre es y necesita, consiste en saber actuar según el 'justo medio' que requiere cada situación. Este medio no tiene nada que ver con la mitad aritmética o geométrica. Los modernos, en su deseo de atacar a la filosofía escolástica, usaron el término *mediocritas* para referirse a él: pero el justo medio aristotélico se parece más al arte de llevar una empresa complicada económicamente, ya que hay que saber actuar gastando no demasiado mucho, no demasiado poco. Es cuestión de sensibilidad y delicadeza basada en buena medida en la experiencia.

Para un escolástico 'metafísico' del estilo de Luis de Molina, el ser humano conocería directamente lo que está bien y mal: una intuición directa en la naturaleza de cada cosa mostraría la regla correcta; pero ya sabemos que el de Aquino no cree normalmente en tales intuiciones; existen a veces, como cuando captamos que un asesinato es siempre malo; pero estos casos en los que se producen estas intuiciones tan directas no son los normales.

De hecho, Tomás procede en sus explicaciones sobre la ética, las leyes y el derecho como si no existiera una cultura filosófica consolidada sobre estos temas, como si no existieran ciudades con sus ordenamientos jurídicos, como si los hombres apenas supiéramos nada sobre la ley natural y las leyes humanas: la suya es una indagación que parte desde un *ignoramus* inicial que tiende a diseñar una ética jurídica a veces procedimental a la vista de los bienes humanos. Él únicamente comprueba, y señala como ya existentes, dos datos: uno, que "La naturaleza no procede al modo del arte", porque no nos suministra reglas precisas sobre cada acción, sino que solamente "Nos prepara algo así como unos principios". El otro, que la razón humana participa positiva y efectivamente 'de algún modo' en algunas normas de la razón divina, por lo que el hombre no se ve abandonado en todo momento a construir él por sí mismo un sistema de reglas morales o de justicia. Pero como el ser humano es simultáneamente sensitivo y

racional, y no guarda similitud con Dios, y en la doctrina tomista el fundamento del conocimiento es la similitud (*similitudo*) entre el sujeto que conoce y el objeto que es conocido, el género humano ha de contentarse con algo que sabe que posee pero que no puede explicar, como es la 'participación' (*participatio*), siempre un conocimiento de segunda categoría si lo comparamos con la similitud. Éste es el motivo por el que el hombre no puede conformarse con la voluntad divina 'por equiparación', sino solamente por una triste imitación.

¿Cómo funciona la razón práctica? El de Aquino nos advierte que este tema "Non cadit sub discursu, neque aliqua narratione", esto es, no es explicable; el de Aquino sabe que la verdad práctica humana no tiene carácter proposicional; pero afronta la tarea de explicarla en la medida de lo posible. Volvamos sobre el camino ya indicado: tal vertiente de la razón tiene dos sectores, uno dominado por los principios ético-jurídicos más elementales que los conocemos directamente a través del *intellectus*, que componen los "Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica", y otro sector dominado por la aceptación o no de las consecuencias previsibles de los actos.

Los principios proporcionados por el *intellectus tienen* tres fuentes: la naturaleza racional del hombre, la naturaleza sensitiva, y la experiencia. Una interpretación muy racionalista del pensamiento del Aquinate nos llevaría a considerar sólo a la evidencia racional como el *intellectus*; pero quizá este esta lógica tan estricta desvirtuaría demasiado el pensamiento tomista. La naturaleza racional del hombre es la que ordena, por ejemplo, que no se mienta. La naturaleza física o sensitiva del hombre era también otra fuente de principios, esto es, de derechos y obligaciones, pues como los seres humanos necesitan comer todos los días, tienen derecho a buscarse la comida todos los días tomándola de donde la haya. Este principio dio origen al *jus necessitatis* medieval, de gran importancia doctrinal y quizá también práctica: como hasta el siglo XIX Europa pasaba hambres con frecuencia, el 'derecho de necesidad' (*jus necessitatis*) permitía tomar con justicia lo que se necesitaba. Era un verdadero derecho, y como entendían que el que usa del derecho no actúa injustamente, nadie quedaba obligado a restituir cuando llegara a mejor estado económico. Si el hombre fuera una 'esencia racional', como nos llamaban los discípulos de Kant, no existirían este tipo de principios; pero la Filosofía griega y medieval era, al menos en este punto, más adherida a la realidad que no la moderna. La experiencia era otra fuente de principios morales básicos, y de ahí la

prohibición de que el abogado actuara ante un juez que es pariente suyo.

Además de los principios, la vida práctica humana se dirigía por la consideración de las consecuencias personales y sociales de nuestras acciones. La actitud ética que atiende a las consecuencias de los actos para calificarlos de buenos o malos se llama hoy consecuencialismo. Actualmente, el consecuencialismo ético está desprestigiado porque la tendencia moderna a tener en cuenta solamente una sola vertiente de la actuación moral ha hecho que la ética se entienda como de principios exclusivamente, o solamente como de ponderación de las consecuencias. No era éste el estilo de Tomás de Aquino, que tenía en cuenta al mismo tiempo los principios y las consecuencias de los actos, porque si solamente consideraba los principios, caería en una tiranía de los principios, y entonces podía hacerse realidad el dicho latino que expresaba “Fiat justitia et pereat mundus”, lo que es sinónimo de injusticia. Además, los principios son múltiples, y con frecuencia colisionan, porque los hombres nos debatimos frecuentemente entre lealtades opuestas. Pues el estudiante debe salir con los amigos y divertirse, y también debe estudiar, y no siempre sabe con certeza cuando aplicar un principio u otro. En tales casos, ante la incertidumbre, debemos atender a las consecuencias previsibles de nuestros actos. No le sirve el puro consecuencialismo porque sin principios carecemos de criterios para medir la bondad o maldad de las consecuencias de nuestros actos.

El derecho así obtenido, aplicando simultáneamente principios y cálculo de las consecuencias, se dividía en dos grandes sectores: el derecho que necesariamente había de ser así, porque si no el hombre perdería demasiado de su humanidad, componía en principio el derecho natural. En cambio, el derecho obtenido preferentemente desde el cálculo de las consecuencias (buscando la *utilitas* social), que era vinculante porque así lo disponía la ciudad, el Rey o la Iglesia, era derecho positivo o *jus arbitrarium*, esto es, ‘no natural’, que se descomponía en derecho de gentes y derecho civil: si algunas instituciones que buscaban la *utilitas* eran comunes a muchas *gentes* o naciones, ellas formaban parte del derecho de gentes; si eran propias solamente de una comunidad política determinada, formaban el derecho positivo propio de esa comunidad, llamado entonces *jus civile*.

En cualquier caso, ya se tratara de derecho natural, ya de derecho positivo, las normas jurídicas habían de responder o hacer frente a alguna necesidad, pues juristas y teólogos entendían que la necesidad era el primer criterio de la justicia. Precisamente

por esto llamamos ahora a esta jurisprudencia 'realista', pues hacía falta alguna cosa objetiva (*res*) para que la aplicación de la norma, regla, o principio, estuviera justificado. Esa cosa, es decir, esa necesidad, introducía la objetividad o fundamentación suficiente, pues aunque el derecho positivo fuera llamado *jus arbitrarium* y los medievales hablaran bastante del arbitrio, esto no quería decir falta de fundamentos, sino lo contrario: discrecionalidad o razonabilidad, que existía cuando había fundamento suficiente para imponer la regla, aunque el caso no fuera importante, o aunque el problema admitiera varias soluciones distintas. A veces la necesidad o causa de la regla era la fuerza directa del principio mismo, ya que una mentira será siempre una mentira, una conducta que, salvo casos especialísimos, será necesariamente mala.

La razón humana posee una doble funcionalidad: de un lado es una razón 'participada' (que compone el *intellectus*) que conoce algunas reglas morales elementales. De otro lado, es activa, porque ella ha de calcular razonando lo que conviene al hombre en la historia, sometido a necesidades cambiantes. Llamó a esta vertiente de la 'razón esencial' o *ratio essentialiter*. Dada esta dependencia del hombre desde su entorno, la vertiente de la razón que Tomás llama *ratio essentialiter* ha de proceder "Según la naturaleza de las cosas, desde lo parecido a lo parecido" para que el hombre persiga bienes propiamente humanos, esto es, sin alejarse de lo que él ya es.

Sucede que la naturaleza tiende ante todo a regir a cada cosa en sí o desde sí misma (*Ad regendum unamquamque in seipsa*), y en la dialéctica demostrativa que juzga sobre el hombre, hay que proceder desde los principios propios de cada cosa, esto es, desde las exigencias propiamente humanas, que pueden partir directamente desde la persona humana (como es el caso del derecho al conocimiento o a la dignidad) o desde el análisis de lo exigido por cada situación, como sucede con la no devolución del depósito de armas a la persona que se ha vuelto loca. No perdamos su vista su intuición inicial, a saber, que la naturaleza solamente prepara algunos principios que son conocidos por la *ratio participata*; más allá de tal *ratio* lo que el hombre ha de conocer normativamente lo adquiere mediante el trabajo de la razón (*ratio essentialiter*) que, superando el simple conocimiento contemplativo, trabaja activamente (*essentialiter*) mediante argumentos extraídos desde las cosas en sí, esto es, desde las necesidades concretas.

Pero, aún contando con este juego de la razón participada y de la razón cuando procede esencialmente, no se hace muchas ilusiones sobre la calidad de lo conseguido

mediante la filosofía práctica. Algunos escolásticos utilizaban la palabra conocimiento (*cognitio*, *cognoscere*) para referirse indistintamente al conocimiento teórico y al práctico. Pero Tomás entendía que esta equiparación es abusiva, porque ambos tipos del conocimiento son excesivamente distintos. El único conocimiento adecuado a una razón participada, que solamente contempla o conoce lo que ya existe, es el conocimiento teórico, que en el caso del conocimiento ético es el que proviene de la dimensión racional llamada *intellectus*. Y aún así, éste es un conocimiento extraño en el hombre, porque no comienza por los sentidos, sino que es puramente inteligible o racional. El *intellectus* nos da a conocer los primeros principios de la razón práctica, y el ser humano ha de combinar continuamente estos primeros principios con otros razonamientos en los que su razón es más activa; pues ya sabemos que la razón, cuando actúa desde sí misma (*essentialiter*), pondera realidades distintas, como son las ‘inclinaciones naturales’ del hombre y aquellos primeros principios, a la vista de las consecuencias previsibles.

Este proceder confuso se observaba con cierta claridad en el caso de la justificación de la esclavitud: la conciencia moral condenaba que un hombre sometiera a otro al propio arbitrio. Entonces, ¿qué hacer con los prisioneros de guerra? No podían ser liberados al acabar la guerra, como hacemos hoy, pues volverían con los suyos y recomenzarían la guerra. Tampoco podían ser mantenidos en campos de concentración, pues entonces habría que darles de comer, y en una época en la que era difícil alimentar a la propia familia, esto era impensable. Los Romanos resolvieron el problema en los primeros tiempos de su historia ‘sacrificándolos a los dioses’, como decían eufemísticamente. Pero el espectáculo de miles de prisioneros degollados no era gratificante, y los mismos Romanos resolvieron que era mejor que conservaran la vida aunque permanecieran como esclavos. Se enfrentaban dos reglas morales, una que ordenaba respetar la libertad; y otra que ordenaba respetar la vida. Como la experiencia enseñaba que ambos derechos eran inconciliables, sacrificaron la libertad en aras de la vida. Siglos más tarde, cuando habían cambiado mucho las condiciones de vida, los Romanos suprimieron la esclavitud. Esto es, en el juicio de la razón práctica intervienen simultáneamente principios, normas o reglas que son conocidas directa e intuitivamente (como es el respeto a la libertad y a la vida), y otras consideraciones que sólo se conocen mediante la experiencia. Ponderando las exigencias de unas y otras instancias, el pueblo romano dio respuestas distintas a este problema: primeramente decidió la ejecución de los prisioneros, más tarde introdujo la esclavitud, y finalmente (cuando no

eran útiles ni una ni otra cosa) suprimió la esclavitud. Montesquieu mostró en su obra más conocida cómo los Romanos, con su genio práctico, se amoldaron a lo que demandaban las circunstancias. Pero reparemos en el batiburrillo de normas, derechos y consideraciones prudenciales que se entrelazan en los juicios prácticos sobre la permisión o la prohibición de la esclavitud. Estos juicios dan a luz frecuentemente conclusiones basadas en conjeturas, de poca certeza. Luego la racionalidad no nos guía siempre de forma segura ni en el terreno de la ética en general, ni en el más concreto de la justicia.

El mundo jurídico y moral que consideraban los medievales era plural, múltiple, y desde luego irreductible a un pequeño conjunto de cualidades morales que resultaran de la 'naturaleza del hombre' o del hombre considerado 'naturalmente'. Era un universo poblado por diversas *conditiones personarum*, *leges*, *officia*[2], etc., que eran distintos entre sí y que poseían criterios distintos para ser explicados. Además, ellos concedían más valor a la individualidad personal, en la que no veían siempre una concreción de una forma más genérica, sino una verdadera naturaleza individual. Es lógico que Tomás concluya indicando que el bien al que aludimos cuando tratamos de la virtud, no es el bien común que se corresponde con el ente, sino que es un *bonum rationis*, es decir, según las medidas propias de cada persona, pues ya indiqué que lo que sería mucho comer para uno sería una comida normal para otro.

Las cosas en sí mismas a que a veces alude el de Aquino en sede de Filosofía práctica –navego ahora por el plano jurídico- no arrancan normalmente desde una supuesta naturaleza general del ser humano, sino frecuentemente desde el conjunto de exigencias que surgían objetivamente desde una expectativa tipificada. Si trasladamos el modo metafísico de pensar a la teoría tomista sobre la justicia, podría parecer que Tomás se refiere a la naturaleza de la cosa en sí misma, de forma que una conducta sería justa o injusta 'por sí misma', *ex objecto*. A veces, Tomás habla de la cosa en sí como un criterio para reconocer lo que prescribe el *jus naturale*, pero esto sucede sólo episódicamente, y el criterio *ex objecto* es un criterio que concurre junto con otros criterios. El de Aquino lo examinó reiteradamente, y se negó a hacer de él el criterio fundamental de la doctrina ética. De todos modos, concede una enorme importancia a este criterio: lo examina muy extensamente a lo largo de la *Prima Pars* de la "Suma

[2] . Bajo estos términos designaban los 'estados' más permanentes de las personas: estar soltero o casado, ser noble, eclesiástico, religioso, etc.

teológica" y ocasionalmente parece quedarse con él; finalmente lo desecha en tanto que criterio máximo, pero si le concede tanta atención es porque es un criterio importante, aunque no sea el decisivo.

§ 12. La ley natural y los bienes del hombre.

Lo expuesto no lo podía entender Platón, ni los que siguen a Platón (de ahí las dificultades personales de San Agustín, según Tomas), porque el estilo platónico consiste en comparar una cosa con su idea ejemplar, y todo el movimiento propio de esa cosa se reduciría a tender linealmente hacia su modelo. Esta mentalidad es cierta sólo parcialmente para el de Aquino. Él entiende, desde luego, que cada ser obra según su forma, pues es evidente que un caballo obra y ha de actuar de forma distinta a un gorrión. También entiende y acepta que las acciones de cada cual responden a su forma, porque "Pertenece a la naturaleza de la acción, que el que actúa haga cosas similares a él". Pero aquí acaban las semejanzas entre el frío modelo platónico y el estilo biológico: porque "La operación es la perfección del actuante en el acto de existir, de forma que no tiende hacia otra cosa distinta que a él". Desde este punto de vista, podríamos decir que la Filosofía tomista considera la vida por la vida misma. Explica Tomás que Platón solamente tuvo en cuenta seres que serían movidos desde sus ideas, mientras que Aristóteles consideró que el movimiento de cualquier cosa es su acto mismo de existir, por lo que dio a la palabra movimiento un sentido más restringido que Platón.

Los escolásticos distinguían cuatro causas en cada cosa: la material, eficiente, formal y final. Si el alfarero fabrica un cántaro, la causa eficiente es el mismo alfarero, la material el barro del que está hecho el cántaro, la formal la forma que le dará, y la final, transportar agua. Parece que la causa final es la última que aparece, pero Tomás declara reiteradamente que en los asuntos humanos la causa final es la primera de todas, porque el ser humano, que es inteligente, no se mueve si no es a causa de un fin, que siempre es percibido como un bien para el que actúa. Así, mientras el geómetra parte desde unos primeros principios conocidos -porque usa la razón teórica-, el hombre parte desde los fines de sus acciones. Las acciones no pueden ser explicadas por un solo tipo de ellas que pudiera considerarse como modelo, porque cada acción tiene por sí misma su fin, y por eso no exigimos lo mismo al médico que al arquitecto. Además, las personas, que son distintas, tienen a veces fines distintos. Lo realmente importante desde el punto de vista moral es que todas las acciones se inserten en el orden de

colaboración que les corresponde por sí mismas. Por eso, el pecado es ante todo un acto desordenado. Contempla un *mundus viator* en el que cada ser, al buscar su propia perfección, tiende necesariamente hacia Dios.

Desde estos presupuestos, es patente que la ley natural es una realidad altamente compleja en su doctrina, y él la explica genéricamente escribiendo que “El orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales. Porque el hombre, en primer lugar, siente una inclinación hacia el bien según su naturaleza, que es común con todas las substancias, y por esta inclinación apetece la conservación suya según su propia forma de ser. Y según esta inclinación pertenecen a la ley natural aquellas cosas por las que se conserva la vida del hombre y se impiden las contrarias <a la conservación de la vida>. En segundo lugar, existe en el hombre una inclinación a cosas más concretas según la naturaleza que él tiene en común con los demás animales; y en virtud de esto decimos que son de ley natural aquellas cosas que <la naturaleza enseñó a todos los animales>, como es la unión del varón con la hembra, la educación de los hijos y otras cosas parecidas. En tercer lugar, existe en el ser humano una inclinación al bien según su naturaleza racional, que es propia de él <solamente>, y así el hombre tiene una inclinación natural a conocer a Dios y a vivir en sociedad. Según esta acepción, pertenecen a la ley natural aquellas cosas que se relacionan con esta inclinación, como es el evitar la ignorancia, impedir que otros ofendan a aquellos con los que hemos de convivir, y otras cosas de este tipo”. Esto es, la ley natural se compone simultáneamente de aquellas inclinaciones que brotan desde la naturaleza que el hombre tiene en común con los demás animales y de las inclinaciones que se originan desde su naturaleza propiamente racional. De forma que si desde la participación en que consiste el *intellectus* se sigue un discurso preferentemente deductivo, desde la observación de lo que demandan las inclinaciones naturales se desarrolla una argumentación preferentemente inductiva.

Parece que Tomás, en todo el tratamiento de la ley natural como participación de la ley eterna, tiene presente una intuición básica: existe demasiada desproporción entre Dios y el hombre como para que éste pueda participar sin más de la razón divina. Escribe por ello que la “La razón humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina, sino a su modo e imperfectamente”. En la Filosofía y en la Teología tomista razonar es una actividad no siempre fiable, una búsqueda que no acaba de ser cierta. Bajo la expresión ‘conocer racionalmente’ Tomás parece recoger tanto el

conocimiento directo como el argumentativo, al menos en las páginas dedicadas al tratamiento de la ley natural, porque ésta misma es un descenso racional respecto a la ley eterna, y todo lo que se refiere a la razón humana ha de ser tomado con cautela. "En los conceptos comunes existe alguna necesidad, pero cuanto más descendemos a las determinaciones, más fallos encontramos". Para insistir en la relativa poca 'necesidad' de las evidencias racionales, añade que "En cuanto a las conclusiones propias de la razón práctica, no existe en ellas la misma verdad o rectitud entre todos, y ni siquiera entre los más iguales son igualmente conocidas". ¿Se refiere a las evidencias elementales cuando alude a estas conclusiones 'propias' de la razón práctica? El discurso es deliberadamente ambiguo. En el parágrafo 259 de los "Comentarios a la ética" había dejado escrito que el "El discurso moral, incluso en lo que es universal, es incierto y variable" (*Sermo moralis, etiam in universalibus, sit incertus et variabilis*...). Tampoco esto ha de preocuparnos gran cosa, porque "No es necesario que toda medida sea siempre infalible y cierta, sino que basta con que sea posible en su género". Ciertamente, la medida debe ser cierta; pero el dictamen de la razón humana acerca de las cosas que hay que hacer es incierto, tal como dice el Libro de la Sabiduría: "Los pensamientos de los mortales son débiles, e inciertas nuestras providencias". Hubo de tener una relación especial y personal con este versículo de la Sabiduría, porque lo reitera siempre en el momento de hablar de la capacidad de la razón humana.

Es una cuestión de saber colocar el acento, porque lo que está en juego no es la cosa misma, sino el tono: él entendía –igual que los juristas de entonces- que la ley existía en función del derecho del caso, y es desde este último desde donde hemos de estudiar la mutación, la variabilidad o la capacidad de adaptación de las leyes. Hoy, cuando buena parte de las leyes no pretenden resolver problemas, sino que crean instituciones nuevas -hecho que es especialmente evidente en el derecho administrativo o financiero-, tendemos a situar el acento más en las leyes. Pero no pensaban así los juristas antiguos, y si hoy cambiamos las leyes para cubrir nuevos hechos, ellos usaban preferentemente otras figuras, como la *extensio analogica* o la *derogatio*, que serían difícilmente inteligibles desde la mentalidad que sitúa el peso de la argumentación jurídica en el primer momento del razonamiento, es decir en la ley. Nosotros tendemos a pensar que todo raciocinio normativo consta como de tres partes: Cabeza (que es la norma aplicada), Cuerpo argumentativo, y -por así decir- la Cola, que sería la solución obtenida. La ciencia del derecho del *Jus Commune* pensó más bien que el raciocinio

principiaba ante todo desde el final, de modo que serían las normas aplicadas las últimas en aparecer en la génesis real del juicio práctico. Ésta era la razón por la que estos libros se presentaban como la determinación de las soluciones que correspondían a cada caso, y es raro encontrar en ellos ni siquiera digresiones sobre los tipos de leyes a que cada solución pudiera acogerse. En cambio, los tratados de los escolásticos españoles más tardíos solían comenzar por la descripción de las *leges*, porque las leyes constituían para ellos la ‘especie’ (*species)* más general del derecho -- y quizá era en este punto donde comenzó la gran cisura entre la Edad Media y la Edad Moderna.

El hombre medieval era mucho más indagador y racionalista que nosotros. Nosotros tendemos a pensar que si existe un mandato de un superior, existe un deber. No era así entonces, y Tomás se preguntaba por qué razón o motivo obliga la ley, cual era la *ratio* de la normatividad de una conducta –la *ratio debiti*-, porque le resultaba evidente la poca relevancia del cumplimiento de la norma por la norma misma. Una de las palabras más repetidas por Tomás es la de *ratio*, esto es, del porqué último de la fuerza de las cosas: se interroga acerca de la *ratio legis*, de la *ratio virtutis*, de la *ratio boni vel mali*, etc. Tomás procede como si los hombres hubiéramos comenzado a convivir y a reflexionar y fuera preciso explicarnos las razones de todo lo contenido en normas, reglas o principios. Su punto universal de referencia en los temas humanos (*in humanis*) son los fines: “La ley expresa orden a un fin”, de modo que, en última instancia, la ley es únicamente una función del fin que consideramos.

Los teólogos que clausuraron la Segunda Escolástica Española, siguiendo más a Duns Scoto -normalmente filtrado por la obra de Juan de Gerson- que no a Tomás de Aquino, se mostraron preocupados por el mandato de la voluntad que convierte un bien en debido, porque ellos entendían que para que una cosa buena dejara de ser simplemente buena y pasara a ser obligatoria se necesitaba el mandato de un superior que indicara realizar tal o cual conducta; pero la ley natural se muestra en la obra de la naturaleza, y no consiste en una orden. Ante esta dificultad mantuvieron que la ley natural se compone de dos leyes: una, la *lex indicans*, que nos muestra lo que es bueno, y la otra la *lex imperans*, que ordena realizar lo bueno creando así el deber. Pero este juego de voluntades superiores y de consiguientes imperativismos era ajeno a la interpretación tomista de la vida práctica del hombre, porque Tomás entendía que imperar es ante todo un acto de la razón, ya que es la razón la que nos ordena tratar de alcanzar aquello que es bueno para nosotros. La razón usa el modo de presente: “Esto

está para que tú lo hagas” (*Hoc est tibi faciendum*) mejor que el modo imperativo: “¡Haz esto!” (*Fac hoc*). Sucede que Tomás de Aquino rechaza la posibilidad de un “deber ser” en general: no contrapone el Deber ser al Ser. Existen demasiados bienes concretos reclamando ser realizados como para necesitar de este tipo de argumentaciones. Al contrario, el movimiento es solamente el acto que proviene de la fuerza del ser que ya existe, pero que clama por llegar a ser plenamente lo que ya es de algún modo. Reserva normalmente el término movimiento para referirse a aquellos seres que actúan “Según su acto de existir, de acuerdo con lo que es potencia específica suya”, ya que el movimiento es el acto peculiar de la potencia del que existe. Porque la naturaleza de cada cosa no tiende a alcanzar un único o uniforme bien racional sumo o máximo, sino solamente el bien en que consiste la perfección propia de cada cosa, ya que eso es su máxima racionalidad.

No podemos perder de vista las ideas tomistas sobre lo natural y lo libre: lo natural es lo propio del ser humano y de cada ser humano según cada necesidad o causa concreta. A las notas de natural y libre hay que añadir una tercera: al ser el hombre un ser inteligente, se mueve tras fines: una conducta que no conduzca a fin que la persona considera suyo, es absurda. Hemos visto que un movimiento que le sea impuesto al hombre desde fuera de él mismo es siempre un movimiento violento. Por ‘movimiento’ hay que entender la forma específica de moverse de cada ser, de sus actos de existir. La libertad consiste en ser uno el principio del propio movimiento, cosa que únicamente se consigue cuando cada ser vivo va detrás de lo que ya es suyo. Desde este punto de vista, las nociones de natural, voluntario, interior o finalista, son sinónimas en el caso del hombre. La ley natural no sería un mandato externo a las naturalezas de las cosas, sino el fin natural de cada una de ellas. Dios no es tanto el legislador coactivo externo que impone direcciones a los comportamientos, como el fin al que las cosas han de tender naturalmente, esto es, espontáneamente. Si Dios impusiera sin más la ley natural mediante un precepto, esta ley no sería natural al hombre, de forma que el hombre la cumpla espontánea o libremente (connaturalmente), sino que tendría una necesidad exterior (*ab agente*), y no se trataría de una necesidad natural, sino de una ‘necesidad por la coacción’. Planteadas así las cosas, el pecado no es tanto un quebrantamiento de una orden o mandato, como un daño que alguien se hace a sí mismo por no querer tender hacia el propio fin.

Esta distinción entre causas eficientes y causas finales tuvo una gran importancia

en el transcurso histórico de las explicaciones sobre la ley y el derecho. Porque los teólogos, más aficionados a hablar de leyes que no del derecho, tendieron a considerar las leyes como una realidad imperativa, y todo lo imperativo tiende a ser entendido como un acto de la voluntad. Las leyes serían, pues, realidades que obligan o vinculan, generando la necesidad de ser cumplidas, porque provienen de una voluntad más fuerte. No basta con decir que provienen desde una voluntad más sabia o más santa: ya indiqué que Duns Scoto ya distinguió (sin ser original) dos dimensiones de la ley natural: la *lex indicans*, que muestra lo que está bien o mal moralmente, y la *lex praecipiens* que ordena o impera que se haga lo bueno y se evite lo malo. La razón de ley (*ratio legis*), es decir, aquello por lo que la ley es ley y le genera el deber de ser obedecida, le llega a una conducta –de acuerdo con Duns y sus seguidores- porque una voluntad más fuerte impone su cumplimiento. Ciertamente, siempre se podrá decir que la voluntad ha de ser justa, pero con ello no hemos adelantado mucho, porque la ley sigue siendo ley por estar ordenada o imperada por una voluntad más fuerte desde algún punto de vista. Puede ser la voluntad de Dios, pero si la voluntad divina no aparece como una realidad que es al mismo tiempo de Dios y del hombre, de forma que el hombre deba entenderla como *suya*, no crea un deber ‘natural’ para el hombre, sino que es coacción.

Tomás conocía bien las explicaciones imperativistas, que estaban extendidas en el siglo XIII, pero las desecha. Porque si el ser humano es determinado a obrar por la fuerza de una simple voluntad superior, entonces no es libre. Además, la explicación imperativista supone considerar una voluntad superior, ya existente y constituida, que se dirige a una voluntad inferior, igualmente existente y constituida, y este planteamiento, sin ser falso, no es correcto. Ciertamente, la ley de Dios (expresada en el Decálogo que Dios entregó a Moisés en el Sinaí, según narra el Libro del Génesis) existe y nos obliga, pero esa ley solamente expone los puntos más básicos de la ley natural.

Desde luego, el ser humano actúa por fines o bienes, pero la adecuación entre estos fines y la razón que se determina a seguirlos no es tan sencilla como expusieron los utilitaristas del siglo XVIII. Porque lo que es bueno o malo se constituye en tal por dos cosas: una, por la condición de aquello que es propuesto; la otra, la condición de aquel a quien se propone, por lo que lo bueno o conveniente es ante todo una relación entre dos términos. Y como los gustos de cada cual son distintos, no todos reciben del mismo modo una cosa como conveniente o disconveniente; por lo que es posible que es lo que es mejor se manifieste como más débil. La caracterización del fin como algo en

principio extrínseco al sujeto que actúa, llevó a Scoto a rechazar de plano esta Filosofía. Daría que hablar tratar de esclarecer si Juan Duns entendió o no a Tomás de Aquino en su explicación de la teleología de la conducta humana, porque Tomás no propuso perseguir cosas extrañas al ser humano, sino aquello que viene reclamado por su naturaleza en las circunstancias actuales.

En cambio, la norma, en sentido griego y tomista, era “Lo que dirige al fin”, según la conocida definida tomista: *Lex est, quae ad finem dirigit*. En esta visión propia de los griegos, y también tomista, las reglas, normas o leyes adquirían esta capacidad de obligar ante todo por estar orientadas hacia un fin racional, de modo que la conducta que consiguiera fines realmente humanos adquiría el rango de ley vinculante, y la que llevara a consecuencias nocivas, era calificada de injusta, o mala moralmente. Por este motivo, Tomás entendía que la infracción de la ley era mala, era un pecado, porque desvía del fin. El fin último del hombre es la felicidad última, la *beatitudo* que sólo puede proporcionar Dios, y en esta vida hemos de buscar la alegría repeliendo las tristezas: las normas y reglas sirven *ad repellendas tristitias*; no habla de la felicidad o beatitudo refiriéndose a esta vida. La suya es una doctrina ética que busca evitar la tristeza porque él explica que la tristeza es lo peor que existe, ya que corrompe hasta la propia naturaleza del hombre.

Las cosas adquieren valor moral por referencia a este fin, lo que nos indica que las conductas –desde el punto de vista de su moralidad- eran consideradas como ‘relativas a...’. La idea de actos morales buenos o malos en sí mismos, que hubieran de ser cumplidos o evitados como por un valor intrínseco a ellos (al modo como la Neoescolástica de las Edades Moderna y Contemporánea entendió a las normas morales), es ajena en principio al pensamiento tomista, porque Tomás de Aquino entendía que casi todos los actos morales son ordenables a otra cosa, de forma que lo único que no tiene carácter de medio es la felicidad última. La doctrina ética que mantiene que las conductas son buenas o malas por sí mismas, con independencia de las circunstancias, siguen el criterio conocido como el *ex objecto*, ya que afirman que la bondad o maldad surgen desde el mismo objeto que es estudiado, ya que siempre será malo adulterar y siempre será bueno ayudar al que está en extrema necesidad.

Porque la voluntad humana, cuando quiere o desea, no quiere, por así decir, ‘cosas en sí mismas’, ya que el ser humano no quiere las cosas por sí mismas, sino por algunos efectos de ellas. Él mantiene reiteradamente que no sabemos lo que son las

cosas en sí. El hombre tiende a un fin, y las cosas son buenas o malas en la medida en que ayudan a alcanzar ese fin. Podríamos decir que, en cierto modo, Tomás no considera por lo general conductas buenas o malas, sino correctas o incorrectas, esto es, inteligentes o equivocadas. De hecho, cuando hablaba de algunos pecadores (se refería a los avaros y lujuriosos) no los califica de malos o depravados, sino de *stulti*, es decir, necios o tontos. Demuestra especial desprecio, o conmiseración, por los avaros, porque entiende que, como el deseo del dinero es infinito, quien lo sigue es un tonto. Lo mismo podría haber dicho del lujurioso. El fin último en la condición de *homo viator* lo conocemos todos: llevar una vida lograda, plena, feliz, pero lo que no conocemos siempre –explica Tomás- son los medios que hemos de seguir para conseguir una vida así.

§ 13. Ley general y derecho concreto.

Tomás trata de las leyes en la I-II de la “Suma teológica”, y distingue tres tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural y las leyes humano-positivas. La ley eterna es Dios mismo, esto es, “La razón de gobierno existente en el supremo gobernante”, pues como cristiano él entiende que Dios gobierna el universo ‘de algún modo’. Pero, a diferencia de los modernos, no entiende la ley (tampoco a la ley eterna) como una orden o mandato imperativo externo a los mismos que han de acatarla, sino como una fuerza o razón de los actos hacia su propio fin, pues la ley no es algo exterior a aquello que se ha de hacer ni a quien ha de hacerlo. De hecho, para poder hablar de amor en sentido estricto se requiere que alguien o algo se dirija hacia lo que es ‘su’ bien.

Podríamos pensar que existiría una jerarquía entre estos tres tipos de leyes, de modo que la ley natural habría de derivarse desde la ley eterna, y las leyes humano-positivas habrían de ser concordes con la ley natural. Esto es tan cierto como falso. Tomás reconoce una pluralidad de leyes, pero no al modo moderno y contemporáneo, que quiere encontrar jerarquías y pirámides normativas que formarían estratos legales. Si aplicamos nuestros esquemas, propios de la edad contemporánea, veríamos una Constitución (la ley eterna), unas leyes fundamentales (la ley natural) y las normas ordinarias (las leyes positivas humanas). Nosotros hacemos esto porque no reconocemos la pluralidad de las realidades, y hemos unificado hasta el concepto de ley, de modo que la constitución, las leyes fundamentales y la legislación ordinaria únicamente se diferenciarían en su importancia jerárquica. Esto no es así en Tomás de

Aquino. Él contempla más bien una pluralidad de estratos del ser, cada uno con su estatuto ontológico propio, unidos por un fin común. Pero las formas de tender hacia ese fin (sus leyes) son distintas, en sus contenidos y modos. Bastit indica que "Podemos pensar que hay algo común entre estas leyes, pero este elemento común no tiene más realidad que la de ser un producto de la razón, *ratio*; porque esto no es independiente de las cosas, aún cuando exprese una parte esencial de ellas, y tal elemento es imperfecto para expresar lo que las cosas son. No solamente es imperfecto, sino que conserva en sí mismo una cierta marca de la pluralidad de las cosas en las que se realiza; porque no se trata de la aplicación de una forma única a materias distintas, sino que en las cosas mismas en las que él se realiza, lo hace de modos diversos, conservando una estructura análoga".

La ética es el saber que trata de las cosas que son necesarias para la vida humana, para conseguir aquello que es honesto, útil o agradable. De lo que expone Tomás parece deducirse que todo aquello que es delectable (*delectabile),* útil u honesto según medidas humanas, 'es bueno' para el hombre. Era lógico que, en este contexto, Vitoria señalara que los pecados son más graves cuanto son más nocivos. Del conjunto de estas explicaciones parecen claras dos notas: que la teoría jurídica tomista está surcada por un fuerte nervio que atiende a los efectos de las conductas que, sin desconocer el momento de lo 'honesto' (*honestum),* busca todo tipo de bienes o utilidades para la vida humana, porque normalmente el *honestum* viene constituido por esos mismos bienes. La otra, que el acento sobre lo que constituye a algo en bueno parece recaer en última instancia en el carácter delectable (*delectabile*) de un objeto o conducta. La ética tomista se llama eudemonista porque trata de mostrar los caminos para llegar a la alegría. Al tomar como punto de mira al ser humano concreto que ha de regirse desde sí mismo, una vez conocidos los primeros principios prácticos, los razonamientos y deducciones lógicas normalmente no eran suficientes, y Tomás escribía que en la moral hay que proceder no solamente mediante conclusiones y principios, sino también según aquellas cosas que se dicen de aquello que estudiamos, esto es, del último fin, de la felicidad. Porque si las normas generales son importantes para saber lo que es adecuado, también las circunstancias concretas tienen voz y voto.

Tomás explica que "Los asuntos humanos se diversifican infinitamente", y esta diversificación incesante es el factor que hace imprescindible el ejercicio de la prudencia, que no trabaja con determinaciones artificiales y exactas propias de la

técnica (los *factibilia*) sino con manifestaciones propiamente humanas, llamadas *agibilia* en el lenguaje escolástico. En el campo del hacer técnico (*facere*) es posible establecer procedimentalmente reglas lógicas, yendo desde lo más general a lo más concreto; en cambio, en la configuración de las cosas que hemos de obrar (*agere*) interviene el *intellectus*, que es esa dimensión de la razón que desborda frecuentemente las aplicaciones silogísticas ¿Cómo proceder entonces? Podríamos decir que aquellos académicos, Tomás entre ellos, se encontraban ante un conjunto de vehementes exigencias prácticas que tropezaban con un muro de imposibilidades teóricas. Como veremos más adelante, contaba ante todo la buena voluntad personal, esa "Rectitudo voluntatis propter se servata" que proponía San Anselmo. De la mano de esta rectitud de la voluntad, el juzgador enjuiciaba el caso seleccionando los principios que mejor se acomodaban, según su criterio, a ese problema. No existe rigor lógico en las determinaciones humanas, pues la decisión práctica no es entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor. Por decirlo con una terminología más actual, no existía una jerarquía de valores rígida, sino que los principios bajaban y subían en la escalera de la importancia según las circunstancias. No eran las normas las que se imponían en su sublimidad, sino que éstas mendigaban –por así decir- ser tenidas en cuenta en cada caso. Francisco de Vitoria insistió especialmente en esta vertiente del pensamiento jurídico medieval-romanista, porque el siglo XVI estaba siendo invadido por la doctrina de las naturalezas de las cosas que reclamaba el absolutismo del criterio *ex objecto*. Quizá la declaración más abarcante y precisa de Vitoria es la que nos ofrece en otra polémica suya con Cayetano: si alguno está obligado a restituir cuando esto no puede hacerlo sin infamia. Cayetano mantenía que no, y Vitoria le corrige: "Pero yo digo que no condenar a éstos siempre es falso, y condenarlos siempre es falso también".

Por el contrario, en el pensamiento romanista que empapa la obra del de Aquino, lo que pudiéramos llamar las cosas en sí mismas tienen frecuentemente una naturaleza relacional, un 'modo' de ser. Los juristas, y Tomás con ellos, relacionan principios y consecuencias previsibles que resultarían de la aplicación de tales principios, y tenían presente que "Los principios han de ser los adecuados a las conclusiones que es preciso alcanzar". Lo que el jurista o el moralista consideraba era un abanico de fuentes de principios (una heterogenia de los principios), ya que si unas veces atendía a la naturaleza en sí misma de una conducta, otras veces ponderaba los bienes y males que se seguían desde ella y elegía la regla que en su opinión acarreara menos males, porque

si todo lo malo posee su vertiente buena, lo bueno también presenta una dimensión mala, pues parece entender que toda decisión práctica es vitalmente contradictoria. Combinaron las naturalezas de las cosas, los instintos (apetitos) que naturalmente experimenta el hombre, lo que consideraron por uno u otro motivo bienes humanos. Las virtudes morales parten desde los apetitos y tratan de regularlos desde ellos mismos, según sus exigencias atemperadas por la razón. En la *quaestio* quizá más relevante de la filosofía jurídica tomista, la 47 de la II-II de la "Suma teológica", Tomás formuló el punto central de toda ella: "El fin de las virtudes morales es el bien humano".

Los tratadistas del derecho consideraron que la ley era siempre general, esto es, igual para todos los casos que pudieran acogerse a ella y que, por contra, el *jus* o derecho era aquello concreto que había que discernir individuadamente en cada situación o problema. De forma que permaneciendo inalteradas las leyes, la solución que el juzgador aportara, que podía llegar a ser al margen de la ley (*praeter legem*), no afectaba a la estabilidad de las leyes, porque en estos casos no se juzgaba a la ley misma, sino al caso concreto. Porque entonces los doctores entendían que la ley general era solamente "Una cierta causa del derecho" (*aliqualis causa juris*), y el *aliqualis* (que es una partícula indeterminativa) con que comenzaba esta descripción de la función de la ley introducía una indeterminación de tal alcance que el salto entre la orientación genérica de la prescripción legal y la solución concreta (*solutio*) propia del *jus*, provocaba una cierta latitud de lo dispuesto en la ley misma. Obviamente, era la edad de oro del derecho jurisprudencial. La razón última nos la explicitó Domingo de Soto repitiendo un brocardo aristotélico: "Jus generale nomen est, lex autem Juris species": el derecho es el nombre más general, y la ley es solamente una parte del derecho. La realidad primera y básica era el derecho, y las leyes eran solamente relevantes en función del derecho concreto.

La indagación jurídica tomista es ante todo una averiguación del derecho, no un estudio sobre las leyes. Indicaba que, de acuerdo con Tomás, el peso de la indagación jurídica recae sobre la *ratio* (la razón de ser) que ha de ir buscando o tanteando aquello que es justo una vez que ha partido desde aquellos principios generales. Esta indagación ha de ser también inductiva, porque "La naturaleza procede desde las cosas simples a las compuestas", y así es también el discurso de la razón humana.

Obviamente, Tomás no propuso un punto universal de referencia al que pudiéramos referir de un modo u otro todas sus argumentaciones, y desde el que todas

ellas pudieran ser más o menos calculables o previsibles, de modo que su Filosofía jurídica se pudiera exponer -como suele ser el gusto de los historiadores- en unas líneas o páginas, mostrando el punto de partida de sus consideraciones y los nervios fundamentales de su desarrollo posterior. Al contrario, sus explicaciones no se mueven en un único plano, ni mucho menos componen una figura única: no pueden ser estudiadas desde un solo punto de vista porque no componen una *teoría*. Estamos ante una doctrina compleja que procede al mismo tiempo desde lo concreto a lo general (esto es, desde el problema a la norma) y desde lo general a lo particular. La solución del caso particular, aunque se aparte de lo dispuesto en la norma general, no deroga tal norma. Y los factores que inciden en la *solutio*, seleccionando las normas aplicables, pueden estar tomados del sentido moral más común, de las conveniencias de las personas o de la comunidad, de lo que reclaman las inclinaciones racionales o sensitivas del ser humano. Estamos ante problemas de naturaleza extremadamente sensorial, más bien táctil.

La concreción introduce un elemento nuevo en el silogismo jurídico que rompe normalmente lo que pudiéramos llamar un orden lógico. Ciertamente, existe una regla que reza "Interpretatio cessat in claris", pero el experimentado sabe que la determinación de lo que es claro conlleva frecuentemente un proceso valorativo previo que se resiste a ser explicado según pasos lógicos. La asimilación que hacía posible proceder "De lo parecido a lo parecido" (*De similibus ad similia)* descansaba en la simple analogía, y ésta se expresaba normalmente a través del 'sonar con', el *consonare*. Las cosas iguales o parecidas tienden a amarse o buscarse, por lo que la analogía es siempre apetitiva.

§ 14. Las personas y el derecho.

El hombre individual interviene en este juego de la consideración de las cosas a veces consideradas 'in se et per se', y a veces contempladas 'desde algún punto de vista' porque, entre otras cosas, la determinación del tipo de consideración que hay que seguir aquí y ahora era obra de la inteligencia y de la voluntad personales. Es decir, aparece una nueva instancia que no es la cosa: junto al factor que podemos llamar ante todo real, aparece un elemento personal. Efectivamente, si tuviéramos en cuenta únicamente los datos reales, esta explicación presentaría algunos ribetes misteriosos, porque parece que el derecho ha de suponer siempre un orden previo que aparecerá ante el que quiera hacer justicia como algo ya dado, de forma que la persona justa da al otro lo que ya es

de ese otro de acuerdo con el orden que existe. Entonces la buena voluntad tendría relevancia, pero solamente para dar efectivamente a los demás lo que ya es de ellos, no para determinar qué es lo que se les debe. De hecho, la definición de Ulpiano de la justicia ("Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo") destacaba la buena voluntad personal del que quiere dar a los demás lo que ya es de ellos, sin que tal voluntad intervenga en la determinación de 'lo suyo'.

Estas dificultades hacen que frecuentemente sólo existe la voluntad de dar a alguien lo que es suyo, sin que sepamos bien qué es lo que se le debe. En tal caso la buena voluntad no solamente mueve a la voluntad individual para dar a otro lo que le corresponde, sino que ella misma ha de determinar qué es lo que hay que darle. Por esta razón San Anselmo definió la justicia como "La rectitud de la voluntad observada por sí misma", realzando la función de la buena voluntad personal en la constitución o determinación misma de aquello que es debido. Pero si es justo el hombre que da a cada uno lo que ya es de ese otro (como si ese *suum* estuviera ya medido objetivamente), ¿cómo mantener que la buena voluntad es la que constituye también objetivamente la justicia de un comportamiento? Existen muchos justos medios, explica Tomás, y no es nada fácil encontrar tal medio.

Ante todo está la distinción entre 'medium rationis' y 'medium rei'. Pero explicando simplemente que el cálculo del derecho es algo más objetivo que el cálculo del justo medio de la moral, no resuelve el problema enteramente. Porque ni el 'medium rei' es tan objetivo, ni el 'medium rationis' es tan subjetivo. Sucede que la virtud de la justicia y la virtud de la prudencia son virtudes personales, y nunca perderán la nota de personalidad que sigue a todo lo que decide hacer un ser humano, ya que la persona justa juzga rectamente de la finalidad de la virtud de la justicia, porque tal como cada uno es, así es el fin para él. Porque, además, lo que haga un ser humano será valioso en la medida en que lo haga como una cosa suya (*Per operationem propriam*), porque cada ser creado, cuando tiende hacia 'su' perfección, entonces tiende a parecerse a Dios, ya que el verdadero movimiento es aquel que desarrolla cada ser como propio suyo. De hecho, Tomás explica que el virtuoso es la regla de los actos humanos porque a través de él algunas cosas se vuelven "De valor y deleitables" (*Pretiosa et delectabilia*). Por otra parte, la vida moral no puede ser forzada, ni mediante imposiciones ni mediante consejos: fue mucha la tinta que Tomás dedicó a mostrar las limitaciones de los consejos, porque él entiende que ante todo hay que obrar con

libertad de espíritu (*animi libertas*), ya que si no es así las personas tienden a consentir, adular o disimular lo que no deben.

Este hecho lo observamos con más claridad en el parágrafo 1267 de los "Comentarios a la ética", cuando corrige a Aristóteles, que había explicado que la justicia procede del mismo modo que el médico, que no busca la salud en abstracto, sino la salud de este enfermo. Pero no es correcto proceder "Buscando solamente la salud" (*Propter sanitatem, sed non sanitati*), explica Tomás, porque incluso el arte de la medicina tiende más a producir obras sanas que no a buscar la salud, con lo que indica que si el médico olvida el carácter intransitivo o personal de su actuación tendrá entre las manos simples conductas técnicas (*factibilia),* no obras propiamente humanas, de forma que será un buen médico, pero quizá un mal hombre. No perdamos de vista que el virtuoso quiere para sí bienes 'en' la virtud, y por esto la delectación que acompaña a la virtud consiste en el bien que está en la operación, no tanto en realidades posteriores a esa misma actuación. El fin humano es asunto muy personal, y Tomás recalca que "El acto de la virtud es más importante que la virtud misma". De este modo, la felicidad que pretendemos obtener a través de la vida política es cosa distinta de tal vida, "Como si tuviera una quasi-otra existencia aparte de esa misma vida".

Si el acto de la virtud es más importante que la virtud misma (una regla que él introduce a propósito de cómo ha de entenderse el *Bonum commune reipublicae*), lo que pueda ser llamado virtuoso queda en cierto modo relativizado. De hecho, Tomás explica que cada persona tiene su propio bien, ya que el virtuoso tiende ante todo a vivir según él mismo, y si un hombre practica la virtud conviene (*oportet*) que quiera aquello que es bueno para él, ya que cada uno quiere los bienes buenos para él mismo (*sibi ipsi bona*). Si el bien no fuera propio del que obra, no existiría virtud, y es más valioso tratar de conformar la propia voluntad con la voluntad de Dios no tanto en aquello que es querido como en la forma de tender hacia ello, esto es, en la forma de querer: *Velle quantum ad rationem voliti*.

Si una persona no hace cosas que son objetivamente buenas, porque se equivoca de hecho, ¿no puede suceder que trabaje tras bienes aparentes o vanos? Tomás lleva a veces hasta consecuencias extremas la tesis de la superioridad de la buena voluntad sobre el acto virtuoso mismo, ya que mantiene que si un hombre labora con buena voluntad (virtuosamente) tras bienes aparentes, "Para él son lo mismo los bienes aparentes y verdaderos", y la razón de ello es que ese hombre quiere para sí los 'bienes

de la virtud' (*bona virtutis*), que son verdaderos bienes para el hombre, y de este modo su voluntad no es vana ya que él realmente se enriquece. Lógicamente, la maldad es normalmente una cualidad personal.

La explicación tomista oscila entre los dos polos de la cuestión: es virtuoso el que hace cosas que objetivamente son virtuosas, y las obras llegan a ser virtuosas porque las hace un hombre que actúa (*agere*) virtuosamente. O, planteado en otros términos, dado que en el conocimiento práctico "Concurren la razón y el apetito", se requiere que la *ratio* sea verdadera y que el apetito sea recto; pero si la razón es verdadera por ser guiada por el apetito y éste es recto por ser enderezado por la razón, se pregunta Tomás si este planteamiento no nos lleva a un círculo vicioso. Por lo general mantiene que "La razón recta se comporta respecto al apetito recto como un motivo y regla extrínseca", pero esto no contesta la pregunta. Es una interrogación que él se lanza a sí mismo, y que no responde rotundamente. De un lado mantiene que la virtud y el virtuoso son la medida de todo hombre; pues en cada género de cosas se tiene como medida lo que es perfecto en ese género y, dado que la virtud es propia de la perfección del hombre, y el hombre virtuoso es perfecto en su especie, desde él hemos de entender la medida en todo el género humano. Es, pues, la virtud personal la que hace bueno el acto. Reitera profusamente que las virtudes son las que vuelven recto el apetito. Pero, de otra parte, al responder expresamente a la *quaedam circulatio* que detecta en su argumentación, explica que el virtuoso tiende siempre a obrar aquello que es conveniente a la razón, y así resulta que siempre quiere el bien 'según él mismo'.

Se encontraba en situación embarazosa porque la *circulatio* que él denuncia en su argumentación se encuentra operante en su filosofía práctica. Por lo general, ante este tipo de dificultades, él suele reiterar que "No hay que buscar la misma certeza en todas las cosas" (*Quod non est eadem certitudo quaerenda in omnibus*), como estableció el Filósofo (Aristóteles) en el primer libro de la ética, sino que en las cosas contingentes –como son las cosas humanas- basta la certeza de que algo es bueno por lo general. En el parágrafo 2132 de los "Comentarios a la ética" emprende una explicación de alcance más amplio, e indica que el criterio último para calificar una conducta como buena o mala surge "Tanto de las obras y del modo de vivir como de la razón" (*Ex operibus et modus vivendi, quam etiam de ratione*); porque el factor dominante en las acciones humanas son las obras y el 'modus vivendi', sobre los que no cabe conocimiento teórico (*cognitio*), 'sino actuar' (*sed opus*); y lo que podamos decir sobre estos temas ha de ser

filtrado "Por comparación con las obras y la vida de los que saben" (*Per comparationem ad opera et vitam sapientium*).

§ 15. El criterio del 'bien común'.

En los temas propiamente jurídicos, en los que existen intereses individuales contrapuestos, es necesario discriminar el interés que será elevado a calidad de derecho, a diferencia de otros intereses, que permanecerán en el plano de las simples pretensiones sin títulos especiales para su exigencia jurídica. Uno de los grandes criterios para distinguir lo que debe ser protegido por el derecho es el de la utilidad común filtrada por el *honestum*, que recibió el nombre de 'bonum commune'. El derecho está facultado en estos casos para aplicar este criterio aparentemente externo a las personalidades individuales, porque ha de elegir entre dos intereses igualmente personales, y tendrá preferencia aquel que mejor se adecue a la conveniencia social. Este bien común no es solamente un bien de mayor cantidad o más extenso que el bien personal, sino que posee una naturaleza distinta de éste. ¿Por qué hemos de filtrar los intereses personales por el criterio del bien social? "Algunos establecieron –escribe Tomás - que la prudencia no se extiende al bien común, sino solamente al bien propio ... Pero esto repugna a la caridad". En la medida en que el bien común supera los intereses particulares, es una exigencia más divina que humana que requiere en el hombre de un esfuerzo especial. Por lo demás, el bien común consiste fundamentalmente en mantener la justicia y la paz social, sabiendo que el fin del individuo no es el fin de la especie.

El pensamiento medieval acerca de la justicia estuvo dominado por las exigencias de las necesidades sociales, que fueron vistas como unas necesidades superiores a las simplemente individuales, no porque lo social poseyera de por sí mayor calidad que lo individual, sino porque el individuo debe calcular lo conveniente para él y para todos desde las necesidades de la sociedad. Las necesidades sociales jugaron una función muy importante en la jurisprudencia romana y bajomedieval, que tendía a pensar que el derecho natural también es aquel conjunto de instituciones que está compuesto por las respuestas del hombre a las necesidades de la convivencia, y que por tanto el verdadero derecho natural era lo que los romanos llamaban el *jus gentium* ya que este tipo del derecho es el derecho natural propio del hombre, que es ser racional que argumenta *ex necessitatibus*.

§ 16. Las finalidades en las estructuras de los razonamientos jurídicos.

Esta visión teleológica de las acciones quedó reflejada en la estructura del razonamiento jurídico. En general, la mentalidad propiamente moderna se caracterizó frente a la mentalidad anterior por su consideración exclusiva, en el derecho y en la moral, de las causas eficientes, de forma que toda norma es tal por una peculiaridad de origen, a saber, por proceder desde una voluntad especialmente cualificada por algún motivo. En cambio, el estilo tomista de considerar la normación de las conductas partía desde la 'fuerza apetitiva' de todos los seres, por lo que una conducta era propiamente moral sólo cuando respondía a tal fuerza natural o final. Así, mientras que los *moderni* situaron el fundamento del derecho (la *ratio regulae*) al comienzo del proceso que hay que normar, y explicaban que un proceso adquiría relevancia jurídica porque estaba regulado por una norma del derecho, la jurisprudencia del *Jus Commune* tendía a situar la razón de ser de las normas al final de tal proceso, porque la mirada del jurista había de ir desde el problema a la norma y desde ésta al problema, en un juego incesante de interacciones; porque el derecho no consiste en el cumplimiento irracional o escasamente racional de las leyes generales, sino en la averiguación de la justicia de cada caso concreto; el derecho, es decir, el trabajo del jurista, consiste ante todo en un 'saber hacer' (*scire*), no tanto en imponer unas legalidades preexistentes.

A la mentalidad nuestra le puede extrañar un conjunto de seres regidos por finalidades, pero al pensamiento que no era mecanicista le hubiera extrañado un mundo humano representado al modo de los filósofos naturales, esto es, mecanicistas. Un elemento que diferenciaba a los juristas del *Jus Commune* de la mentalidad moderna, era, entre otras cosas, el rechazo de la consideración del razonamiento jurídico como la simple aplicación de una norma previa a un estado de cosas 'dado'. Porque el de Aquino explicaba que así como el razonamiento especulativo comienza desde los principios, a partir de los cuales la razón hace silogismos, en los actos humanos tenemos fines que se comportan "Como los principios en los temas especulativos", *Sicut principia in speculativis*. "Y así <el hombre> actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona". Porque "El fin en las cosas que hay que hacer (*in operabilibus*) tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él". El silogismo práctico comenzaba simultáneamente desde el Principio y desde el Final.

En este contexto, la escolástica propiamente tomista, que entre los escolásticos españoles del siglo XVI no parece ir más allá de los dominicos, consideraba más los efectos reales de las conductas que no las normas violadas, y que eran normas por haber sido creadas como tales por el legislador (*ab origine*). Por ello -explicaba Francisco de Vitoria- si el daño del acreedor no es tanto como el quebranto del deudor, éste puede dilatar algún tiempo el pago de la deuda. Porque todo pecado, prosigue Vitoria, no es más que la privación de un bien, según enseña Santo Tomás, y por este motivo, aunque las normas morales eximan al padre de sostener a su hija viuda, porque ya está emancipada, esta opinión es falsa, aunque la exponga el Cardenal Cayetano: porque permanece la carga del matrimonio, ya que siguen vivos los hijos y la familia misma. Si no fuera así, ¿cómo se alimentaría esta viuda si su padre no quisiera mantenerla? Este universo medieval era tan racionalista (si es que podemos usar este término como adjetivo de la palabra razón) que Tomás entendía que lo que impera al hombre no es la voluntad, sino su razón misma a través de la voluntad, de modo que la raíz de la libertad es la voluntad, como su sustrato o *subjectum*, pero su causa es la razón. Este universo de finalidades encontró una buena expresión (en éste como en otros temas) en la obra tardía de Johann Eisenhart, *De usu principiorum moralis philosophiae in iure civili condendo et interpretando*, que contraponía la Metafísica y la Tópica a la Lógica, y explicaba que la Metafísica y la Tópica eran las doctrinas que enseñaban las causas desde los efectos, los principios desde los ‘principatis’, los primeros elementos desde los últimos, los antecedentes desde los consecuentes, el todo desde las partes, y enseña a separar lo que es diverso.

§ 17. El cambio de la ley natural.

Él se refiere frecuentemente a la ley natural como la ley del hombre o de la naturaleza del hombre, y si el hombre cambia, entonces ha de cambiar su ley. La intuición que capta que la racionalidad o justicia de la ley le llega a la ley misma desde la conveniencia o consonancia de su ‘applicatio ad opus’ la expresó en los muchos textos en los que indica que la racionalidad le llega a la norma por su adecuación al fin: “El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres. Algo es necesario en la medida en que se encamina al fin, y tal necesidad es lo mismo que la utilidad”. De modo que si las leyes de los hombres pueden cambiar a causa de la razón humana, también cambian ‘ex parte hominum’. En efecto, la naturaleza humana cambia, porque así nos lo indica la

experiencia: “Aquello que es natural teniendo una naturaleza inmutable debe ser así siempre y en todas partes. Pero la naturaleza del hombre es mudable y, por tanto, lo que es natural al hombre es mudable”. Cambian los hombres, porque “La medida debe ser permanente cuanto es posible. Pero en las cosas mutables no puede permanecer algo absolutamente inmutable. Y por ello la ley humana no puede ser completamente inmutable”. “Y si Aristóteles dice que las cosas naturales son inmóviles, esto no es así siempre, sino a veces. Desde luego, es así en la naturaleza de las cosas divinas, si por tales entendemos las substancias separadas y los cuerpos celestes, a los que los antiguos llamaban dioses. Pero entre nosotros, los hombres, que somos seres corruptibles, algo que sea según la naturaleza es mutable, sea por sí mismo, sea por accidente ... Y, en consecuencia, todas las cosas que son justas entre nosotros, cambian de alguna manera, a pesar de que algunas son justas naturalmente”. Porque sucede que la naturaleza no es simple ni perfectamente buena. Además, la razón humana es mutable e imperfecta, y por ello su ley es igualmente mudable. No se refiere ahora a la naturaleza o a la razón corrompida, sino simplemente a la razón humana que usamos todos los días.

Consecuentemente, la ley natural puede cambiar por más o por menos, porque una institución nueva comienza a ser de ley natural, o porque una institución que ya lo era deja de serlo. Pero añade inmediatamente que nunca cambian los primeros principios de esta ley. Tomás no extiende mucho su estudio sobre la inmutabilidad de los primeros principios: hay que comprender que tal inmutabilidad resultaba tan evidente en el siglo XIII, que la tarea era más bien la opuesta: demostrar cómo y bajo qué condiciones pueden variar algunos de estos principios. No deja de ser algo confuso el contenido de la ley natural que queda sujeto a mutación. Guillermo de Auxerre estaba explicando por aquellos años que la ley natural se componía de preceptos ‘de primera necesidad, ‘de segunda necesidad’, etc., de forma que las normas de primera necesidad eran absolutamente inmutables, las de segunda necesidad muy difícilmente mudables, las de tercera necesidad mutables con dificultad, etc. Pero Tomás no acepta esta explicación de Auxerre, porque él entiende que si la ley natural se compone de diversos géneros de preceptos, se seguiría que existen varias leyes naturales. Los tomistas del siglo XVI proporcionaron explicaciones que pueden resultar chocantes para la mentalidad actual, pero que representan la interpretación más fiable del pensamiento tomista. Concretamente, Pedro de Aragón habla de las mutaciones de la ley natural, como todos los tomistas; pero, a diferencia de Domingo Báñez, que se limita con decir

que la ley natural puede cambiar en algunos casos, Aragón explicita en mayor medida qué designaba entonces la expresión "Primeros principios de la razón práctica". Él escribe que la ley natural no puede cambiar en cuanto a los 'primeros principios', pero sí en cuanto a los 'segundos principios'. Se refiere a los principios menos importantes de entre los primeros principios de la razón práctica. Mayor luz arroja su tratamiento sobre la naturaleza del derecho de gentes: aún en el siglo XVI proseguía la disputa acerca de si este derecho componía derecho natural o si era simplemente derecho positivo. Tanto Báñez como Aragón explican que, según Santo Tomás, se trata de un derecho positivo. Pedro de Aragón se enfrenta a Domingo de Soto, que había mantenido que sólo los primeros principios de la razón práctica que los hombres conocemos sin necesidad de raciocinio, que son como innatos en nuestras mentes, como es el caso "Hacer el bien y evitar el mal", "No hacer a otro lo que no quieres para ti", etc., componen derecho natural. Por el contrario, las conclusiones que han sido deducidas desde estos primeros principios, componen el derecho de gentes. Esto es falso, explica Aragón, porque de admitir esta explicación habríamos de admitir que el Decálogo compone simple derecho de gentes, y que por tanto podría ser derogado por cualquier república perfecta, lo que manifiestamente es absurdo.

¿Cambia o no cambia la ley natural que conocemos mediante la *ratio participata*? Tomás ha excluido hasta la solución más conciliadora de Auxerre. Sus discípulos se movieron igualmente en este conjunto de declaraciones no siempre claras. Soto, por ejemplo, explicaba muy aristotélicamente que "La medida debe ser inmutable sólo en cuanto esto lo soporta la materia <que es medida>: pero la medida de las cosas mutables no aguanta una perpetuidad más sólida". Pero Soto sigue la solución usual de distinguir entre ley natural y derecho natural, una distinción que aparece insistentemente en los textos tomistas. Este autor explicaba que "No existe ningún derecho eterno, aunque exista una ley eterna". Explica por ello que las leyes y principios generales son como la Regla de Lesbos, que se ajustaban automáticamente a las medidas de aquello que había que juzgar. Pero si cambia substantiva y permanentemente el contenido de lo decidido, habría que concluir que cambia la ley que hace posible ese derecho o decisión. Aunque estas conclusión no puede ser apodíctica, porque en los casos singulares no juzgamos las leyes, sino los problemas. Y, además, como explicó Francisco de Vitoria, consentir esto universalmente es falso, y es falso igualmente negarlo siempre.

(El contexto doctrinal del problema) La posible derogación, o dispensa, de la ley natural había interesado a los teólogos y a los juristas de la Edad Media. A los juristas, porque ellos comprobaban cómo el Digesto y la Instituta declaraban, por ejemplo, que la esclavitud era una institución antinatural (*contra naturam*) pero justificada jurídicamente por su utilidad. Los teólogos habían discutido sobre la posibilidad de dispensa o derogación de la ley natural, movidos por la conducta irregular que Yahvé muestra en el Antiguo Testamento: ordena a los judíos que roben (que los roben, no simplemente que los retiren) los bienes de los egipcios, al profeta Oseas que mantenga relaciones con una prostituta, la conducta de algunas heroínas del pueblo hebreo deja que desear desde el punto de vista de las normas sobre la castidad, Moisés permitió el repudio, etc. La pregunta de sabor platónico se impuso una y otra vez: ¿Las normas son buenas porque Dios las quiere, o Dios las quiere porque son buenas? Y si se trata de este segundo supuesto, ¿puede Dios cambiar la ley natural según su discreción? Como para el pensamiento jurídico medieval la ley era ante todo cuestión racional, quedaba en el aire la cuestión de si la racionalidad específicamente humana era suficiente para cambiar también la ley natural. El caso de Tomás era más complejo que el de los teólogos de esta época, porque él no solamente tropezaba con las 'dispensas' divinas de la ley natural que vienen expuestas en las Sagradas Escrituras, sino con la derogación de esta ley por el derecho de origen humano que vienen recogidas en el *Corpus Juris Romanorum*.

La doctrina jurídica bajomedieval se había mostrado confusa a la hora de explicar esta derogación. No se trataba, desde luego, de una derogación en el sentido actual de esta palabra, que implica que una norma ha quedado definitivamente sin vigor. El término derogación (*derogatio*), como ya vimos, tenía en esta doctrina un sentido distinto, pues el derecho natural derogado revive si se dan ciertas circunstancias, como son el 'usus innoxius' (el uso de una cosa que no causa daño a esa cosa, cuando lo ejercita quien no es su propietario) o el estado de extrema necesidad: en este último caso revive la *Communis omnium possessio* y cada cual puede tomar lo que necesite. En este contexto de falta de precisión conceptual (muy posiblemente una falta de precisión querida y buscada porque bastante de estos juristas poseían formación dialéctica suficiente como para haber perfilado más sus categorías) se desarrolló esta discusión doctrinal, desde el siglo XII al XVII, una discusión entonces sin apenas relevancia práctica: cada jurista emitía sus opiniones cuando había de glosar o comentar un pasaje

del *Corpus Juris* que aludiera al *jus naturale*, y no se preocupaba gran cosa de su coherencia ni con sus restantes comentarios a otros textos romanos que trataban de este orden normativo, ni con las opiniones de los otros doctores. El primer jurista de nuestra cultura que se tomó en serio la categoría del derecho natural, a la que hizo un eje sistemático de sus argumentaciones, fue Fernando Vázquez de Menchaca; pero esto no sucedió sino hasta 1560, cuando la ciencia jurídica romanista estaba siendo atacada (y Fernando Vázquez socavó sus cimientos) por el nuevo pensamiento que exigieron los humanistas, que barbotó en el siglo XVI y que apareció triunfante con Samuel Pufendorf tras el puente aún titubeante de Hugo Grocio. Hasta Fernando Vázquez, el *jus naturale* fue un “Caput mortuum”, como lo llamaba Ernst Reibstein, que vegetó no en las sombras de la Teología moral (como pretendía este autor) sino ante todo en los comentarios al derecho romano. En este marco de poca trascendencia práctica, los juristas hablaron con facilidad de la derogabilidad del *jus naturale*.

Estamos ante una doble consideración del derecho natural, tanto en Accursio como en los demás juristas, ya que este orden normativo unas veces encontró su fuente constitutiva en la natura y otras veces en la ratio. Cuando acentúan el carácter ‘natural’ o sensitivo del *jus naturale* (entonces podríamos hablar del derecho natural *ut natura*), se refieren normalmente a la libertad originaria del hombre que surge del apetito natural a ella. En cambio, cuando elevan la *ratio* al primer plano del derecho natural (entonces podríamos hablar del derecho natural *ut ratio*), éste aparece como un orden de justicia inmutable. En este último caso las exigencias históricas de la razón chocan con los contenidos que atribuían al *jus naturale*, y quedaban sin explicación las contradicciones que aparecen en sus doctrinas, tales como la justificación jurídica de la esclavitud frente a las exigencias de la “Omnium una libertas”. Pedro de Bellapertica no participaba de esta solución, porque distinguía todo aquello que naturalmente podemos hacer (*fas*) de lo que constituye propiamente derecho o *jus*. Reproduce el ejemplo que propuso Isidoro de Sevilla: transitar por un campo ajeno, ¿constituye una simple manifestación del *fas* o es un verdadero *jus*? Isidoro parece inclinarse por la primera opción, a lo que opone Bellapertica que una cosa es la ‘facultad natural’ (*naturalis facultas*) de poder hacer algo y otra cosa es el *jus* que podría existir a realizar tal acción, porque facultad se deriva del *fas* (lo que es lícito), y el *jus* es una realidad distinta del *fas*. Por ello Bellapertica escribe que “La libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho ... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas

expresamente y, por este motivo, el obrar con plena libertad corresponde al *fas,* no al *jus*".

Tomás no quiso distinguir claramente la 'ley divina' (si seguimos la terminología del francés) del derecho natural. Al parecer, él entiende que tanto uno como otro existen en la razón del hombre, y que ambos son dimensiones o sectores del derecho natural, porque el ser humano los encuentra en sí mismo, a diferencia de lo que sucede con el derecho divino-positivo. Podríamos aventurar (y ésta podría ser una hipótesis de trabajo verosímil) que Tomás no era amigo de exclusiones que nacen de coherencias y contundencias, porque él gusta considerar elementos heterogéneos que, juntos, forman una *universitas*. Así, por ejemplo, mantiene que pertenecen al derecho natural aquellas cosas que se ordenan absolutamente la una a la otra, como sucede con el varón respecto a la hembra, pero no hizo de este criterio el único cauce para conocer lo que es derecho natural. Como tampoco erigió a la *utilitas* o a la *participatio* del ser humano en el intelecto divino en criterios únicos y excluyentes. Hacer esto hubiera supuesto entrar por el camino de los *moderni*, quienes querían un 'principium unicum' para deducir desde él todo el derecho natural. Aunque sí es cierto que la *utilitas* constituye al *honestum*, del mismo modo que éste constituye a aquella, de forma que cada uno existe para el otro.

Sucedía que el proceder práctico medieval era ante todo 'tópico' por más que nos resistamos a usar esta palabra por su excesivo desgaste doctrinal: la actitud tópica implicaba considerar una pluralidad de puntos de referencia para la decisión práctica, de modo que leyes, las inclinaciones naturales y las evidencias racionales concurrían conjuntamente en la formación del juicio. Fue lógico que Helmut Coing equiparara la función de las *leges* alegadas por los juristas del *Jus Commune* con los *topoi* aristotélicos. Quién sí explicó claramente la diferencia entre estas dos vertientes del derecho natural fue François Conan, a mediados del siglo XVI. Este jurista francés, cuyos "Commentariorum Juris Civilis libri X" constituyen uno de los tratados de derecho civil más logrados de este tiempo, explicaba que "Me enseñó este pasaje de Aristóteles que yo no podía explicarme a mí mismo qué es el derecho natural si no supusiera una doble naturaleza en este derecho, una de equidad y otra de utilidad. Aquella constituye derecho natural en sentido verdadero y propio, prescrito por la razón natural, y es eterno. Pero hay un segundo <derecho natural> que trata de la utilidad ... que, si no me equivoco, se llama derecho de gentes. Que no ha sido constituido tanto

por la naturaleza como por el juicio de los hombres; y sin embargo es una parte del derecho natural". Aunque su pensamiento sobre este tema queda también expresado cuando escribe que "Esta cuestión siempre me ha parecido oscura y difícil".

§ 18. ¿Una filosofía solamente para aquella época?

Ésta era una Filosofía del 'sentido común'. Nos explica John h. Randall que "El mejor saber de la Edad Media no es sino sentido común organizado y glorificado, hecho que tendemos a olvidar, así como olvidamos que nuestro temple espiritual, científico y naturalista, es tremenda hazaña, nada natural en la especie humana y sumamente superficial en los mejores de nosotros. La ciencia escolástica es un desarrollo fácil y natural de hábitos de pensamiento comunes y universales: de las ideas del campesino más analfabeto hasta las cumbres de la Filosofía de Santo Tomás hay un trecho más corto que del inteligente constructor de un aparato de radio a la física matemática que lo hace posible". Randall se refiere al sentido común porque (aparte del uso expreso de esta expresión en aquellas Filosofías) es evidente a todos que las distinciones entre "Razón teórica -- Razón práctica", "Ratio -- Intellectus", "Razón -- Voluntad", por mucho que tengan de artificioso (como lo tienen todas las distinciones conceptuales), no eran doctrinas cuyo conocimiento estuviera reservado a un grupo selecto de elegidos. Cualquier persona que se analice a sí misma puede entender y descubrir por sí la existencia y operatividad de estas categorías.

Este sentido común determinaba que esta filosofía estuviera fundada, al menos en sus aspectos más básicos, sobre la evidencia. La palabra evidencia designa el conocimiento más inmediato y directo, que es tan básico que no dispone de elementos aún más elementales por los que pudiera ser estudiado. Porque es evidente que existo y que existen los demás, que existe mi casa y mi calle, y es evidente (aunque esto ya requiere de más observación y reflexión) que existe un conocimiento preferentemente teórico y otro ante todo más práctico. De forma que si alguien dice que no existe la Facultad de derecho de la Universidad de Cádiz en Jerez de la Frontera, solamente podemos mostrarle la Facultad, porque lo que es evidente se puede mostrar, pero no demostrar. En el campo del conocimiento práctico (moral y jurídico) sucede lo mismo: si un grupo de empresarios se pone de acuerdo para explotar a inmigrantes sin documentos, podemos decir que eso es una canallada, una falta de civismo, una falta de humanidad, de solidaridad, etc., pero carece de sentido tratar de argumentarlo. Cuando

llegamos al fondo del vaso de la Filosofía práctica (aquellos “Primeros principios comunes e indemostrables”), simplemente los vemos o no.

¿Podemos seguir hablando hoy de la validez de este ‘sentido común’? La mecánica clásica arrojó un velo de misterio sobre nuestros conocimientos, e hizo esto apoyada en unos presupuestos científicos. Pero estos presupuestos materialistas fueron arrojados de su trono por la mecánica cuántica, y Planck en la Física y Gödel en las Matemáticas, hicieron ver que la realidad que estudia el físico es notablemente más complicada e incomprensible que la versión que propusieron Newton o Laplace[3]. El investigador ha de confesar que no tiene ni la más remota idea de la posición de su cuerpo en el espacio y en el tiempo y sabe, además, que esto mismo le sucede a cualquier físico. Pero el investigador sabe que no debe derrochar los medios puestos a su disposición y que debe explicar a sus alumnos con claridad.

[3] . Referidos problemas a los fundamentos de la ética, vid. mis estudios *Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia*, en “Dikaiosyne”, Primera parte 23 (2009) págs. 25-65, Segunda Parte, 24 (2010) págs. 59-87. Disponibles en versión electrónica en: saber.ula.es. *Métodos científicos y método del derecho: una historia superada*, en “Persona y Derecho” 62 (2010/1) págs. 20-58.

III

TIEMPOS DE TRANSICIÓN

Entre los católicos, el “De vera Jurisprudentia” de Joaquín Hopper, publicada en 1590, y más conocida como el *Seduardus* (se trata de un diálogo en el que el protagonista es un personaje con este nombre) pretende ser una obra de derecho natural. Aunque Hermann Conring -uno de los juristas más importantes del siglo XVII- mantuvo cuarenta años más tarde que Hopper fue el primer ‘filósofo del derecho’ que había existido, las obras de las del tipo de Hopper, aún demasiado influidas por la jurisprudencia romanista-prudencial, no estaban destinadas al éxito. Su época demandaba, tras el ropaje humanístico, una visión individualista -basada en los estados de naturaleza- del derecho y de la política. La primera de estas obras, que apareció en el siglo XVII muy titubeantemente, tras el precedente de Vázquez de Menchaca, fue el “De iure belli ac pacis”, de Hugo Grocio. La nueva disciplina del “Derecho natural y de gentes”, en su versión individualista, se consolidó definitivamente con el éxito de las obras de Samuel Pufendorf, hacia 1660.

§ 19. Aportaciones españolas.

No titulo de este modo a las páginas que siguen porque vivencie un especial patriotismo, sino porque durante el siglo XVI las corrientes del nuevo derecho natural surgieron en las plumas de autores españoles. Se trató de un hecho comprensible: tras los ataques de los humanistas contra la ciencia del derecho existente a comienzos del siglo XVI, buena parte de los juristas europeos entregaron su trabajo a la purificación del derecho romano según análisis filológicos e históricos, y a esta corriente se la llamó ‘forma francesa’ de tratar el derecho: *mos gallicus*. Parte de los juristas siguieron la tradición del *Jus Commune*, sin dedicarse preferentemente a este trabajo de historiadores: a su conjunto se le llamó ‘forma italiana’ de estudiar el derecho, *mos italicus*.

Los españoles se encontraron con otros problemas. Al ser Carlos V Emperador de Alemania y Rey de España, Francia, la secularmente gran potencia europea, se

encontró al modo de un sándwich entre los territorios de Carlos. Francisco I, Rey de Francia, quiso resolver este problema militarmente, pero la derrota de San Quintín dejó exhausta militarmente a Francia durante mucho tiempo. El éxito de algunos Reformadores como Zwinglio, Lutero o Calvino, hizo que la Corona de España, ahora extendida por toda Europa, hubiera de cargarse con nuevas tareas de policía continental. Y el descubrimiento y conquista de América planteó igualmente casos de conciencia inexistentes hasta entonces. Aunque algunos españoles, como Antonio Agustín, destacaron en las filas del *mos gallicus*, los españoles hubieron de ocuparse de cuestiones más nuevas y más prácticas.

La España del siglo XVI ofreció un espectáculo realmente singular, porque combinaron su trabajo los juristas y los teólogos, de forma que muchos teólogos se ocuparon de cuestiones jurídicas, y varios juristas opinaron abundantemente sobre cuestiones morales. Las síntesis filosófico-teológicas que hicieron en el siglo XV Gerson, Conrado, etc., influyeron bastante sobre el estilo de trabajar de los españoles del siglo XVI. Algunos juristas permanecieron más –es cuestión de matices- en el plano jurídico, como fue el caso de Antonio Gómez, comentador de las Leyes de Toro, Gregorio López, comentador de Las Partidas, o Martín de Azpilcueta, gran canonista. Hubo varios juristas que emprendieron un camino nuevo en la ciencia jurídica, como Diego de Covarrubias y Leyva, Obispo de Segovia: no comentó textos romanos ni españoles, sino que usó prácticamente todas las fuentes del saber para tratar cuestiones importantes que interesaban por igual a un francés que a un español. Pero, entre los juristas que no fueron teólogos, la figura que más marcó el camino de la historia fue la de Fernando Vázquez de Menchaca (151-1569).

§ 20. Fernando Vázquez de Menchaca.

Él publicó en 1559 “Las Controversias ilustres”, obra en la que se propuso estudiar “Las cuestiones más importantes del género humano”, porque los derechos naturales del hombre (sigue la terminología de *Jura naturalia* establecida en Instituta 1,2,11) siguen siendo desconocidos en todas partes. Sobre este tema, su tono es especialmente acre.

Del mismo modo que los juristas anteriores, tampoco Fernando Vázquez maneja una noción unívoca del derecho natural. Pero concede gran importancia a la que lo

entiende como consistente en la libertad natural que todos los hombres poseían en el *status naturae*. De acuerdo con ella, parte desde el individuo aislado en tal estado, y mantiene que el poder político ha sido una invención humana más, aunque especialmente importante: "De este modo, cuando por primera vez hubieran empezado a corromperse los hombres en alguna región, es de creer que entonces en ella se establecería la dignidad de príncipe y la administración de justicia". Esto parece ser evidente porque "Atendido el derecho natural, todos los hombres nacían libres y no estaban sometidos al dominio y jurisdicción de otro". En esta edad de oro (así la presenta Vázquez) "Para reprimir a los hombres perversos, por otra parte muy escasos, no era necesaria ni se había instituido aún esta defensa artificial que se practica por modo de jurisdicción". Hoy tenemos ya instituida tal *jurisdicción*, pero Vázquez la presenta en tono profundamente negativo: "Cuando en el día de hoy, en uso de la defensa artificial que se ejerce por vía de autoridad y jurisdicción, después de dilaciones y pleitos tan trabajosos, molestos, interminables y costosos, sucede que hubiera sido casi siempre más acertado ... no haber reclamado tal auxilio o defensa artificial que el haberla recibido o conseguido, pues con razón parece haberla comprado <el hombre> por un precio más que excesivo". Quizá el motivo último que le mueve a opinar así es el que expresa en el cap. 5, parágrafo 28 de esta obra: el estar bajo el dominio de un señor no es un bien, sino la más desagradable de todas las cosas. El poder político resulta ser una realidad opuesta al derecho natural: "Atendidos aquellos derechos que los hombres usaban, eran dueños y señores y gozaban de absoluta libertad, y no cabe duda que la supremacía y la jurisdicción se opongan algún tanto a esta completa libertad, que es evidente ser contraria al derecho natural ... luego así como las guerras y las diversas especies de esclavitud tuvieron su origen en el derecho de gentes secundario, así también de la misma fuente proceden los reinos y los restantes principados y jurisdicciones, que no son menos opuestos y contrarios al derecho natural y de gentes primitivo que las mismas guerras y esclavitudes".

La tesis aristotélica que mantiene la adecuación del poder político al derecho natural no encaja en sus explicaciones. En aquel momento quizá tenía más importancia la doctrina del origen divino de los reyes, porque los ingleses la estaban usando en sus guerras civiles. Él despacha estas teorías escribiendo que "Podemos defender que los reyes proceden del mismo Dios y Señor Supremo, en cuanto que en todas las cosas y actos humanos concurre y aún precede el mismo Dios impulsando y dirigiendo a las

criaturas, como si todas las cosas creadas sólo se movieran en todos sus actos por el influjo divino”. Esto le lleva a concluir que la existencia de la ‘suprema potestad’ es de derecho divino en la medida en que aquel derecho concurre como causa universal con todas las cosas. Así, la autoridad política, “Del mismo modo que las guerras, las esclavitudes y todas las demás restantes cosas introducidas por el derecho de gentes secundario, se considera que procede del mismo Dios como causa que es de todo”. El derecho divino queda así reducido a la voluntad permisiva de Dios, porque esta voluntad se extiende a todas las cosas que la naturaleza ofrece espontáneamente: “Porque aquel dicho ‘Por mí reinan los reyes’ no tiene otra significación que si dijera que por disposición de Dios los ríos se deslizan, brotan las fuentes, crecen los trigos, echan hojas los árboles, el sol ilumina, etc.”

(La naturaleza del poder político) El poder político se legitima por un hecho humano, y el principio que rige la doctrina de Vázquez es el que indica que “Principatus politicus ex solo populi consensu”. Una tesis que también la estaban usando los aristotélicos como Vitoria y Soto. Vázquez sigue la mentalidad más corriente en las Escuelas bajomedievales, en las que se explicaba que *ab initio* todos los hombres eran igualmente libres, pero que posteriormente decidieron constituirse en sociedad o *cöetus* mediante un ‘pactum societatis’. En un momento más tardío los hombres ya congregados decidieron traspasar su poder a un jefe político mediante el ‘pactum subjectionis’. Pero estas doctrinas medievales no extrajeron desde el supuesto *prius* temporal de la libertad individual en el estado de naturaleza una teoría política basada en tal libertad. Vázquez sí lo hizo.

“En todo el texto del libro primero y comienzos el segundo seguiré el siguiente orden: propondré en primer lugar, como base, un principio fundamental del que extraeremos más de doscientas conclusiones, todas ellas de extraordinaria utilidad e importancia. Este principio o ley fundamental es el siguiente: todo poder legítimo de príncipes, reyes, emperadores o de cualquier otro régimen ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido única y exclusivamente para utilidad de los ciudadanos y no de los que gobiernan, según es doctrina común y generalmente admitida por filósofos, legisladores, santos y doctores”. Hasta aquí no ha sentado ningún principio político nuevo: ya Aristóteles había establecido que la tiranía se produce cuando el gobernante trabaja en su propio provecho, no en el de la comunidad,

y así había sido repetido desde el siglo XIII. La novedad de Vázquez está en que este poder creado mediante un pacto no puede tener por finalidad sino la utilidad de los ciudadanos, y "Es útil lo que nos agrada" (*utile, id quod libet*). Los hombres designan a uno de ellos para que les gobierne, y el gobernante dispone de un contrato de mandato concluido con los demás ciudadanos. Desde esta base, Vázquez extrae tres consecuencias: a) el príncipe no puede exceder los límites del mandato, ni aún en sentido favorable para los ciudadanos; b) el mandato está ordenado exclusivamente a la utilidad de los súbditos; c) el mandato es revocable 'ad nutum'.

Que el príncipe carece de poder para traspasar el mandato "Es evidente por nuestra proposición principal y por los fundamentos en que se apoya ... Hemos, pues, de decir que así como el árbitro se halla revestido de jurisdicción nacida de la concesión y encargo de los litigantes, si los mismos contendientes no quieren someterse a sus disposiciones no puede castigarlos sino dentro de los límites y medida que los mismos litigantes le otorgaron y, hasta donde se extienda la pena a que ellos voluntariamente se sometieron. Del mismo modo, tampoco el príncipe, a quien el pueblo se confió y que de ninguna otra fuente ha recibido la menor potestad o jurisdicción, puede castigar o imponer penas más allá de los límites y medida del poder de jurisdicción que el pueblo le ha confiado".

Esta tesis no aparece en su obra con entera claridad. Por lo general, él deja reducido el poder político a un poder jurisdiccional, de forma que su función es la de hacer justicia entre los ciudadanos. Pero la gran novedad de Vázquez reside en que él fue el primero que tomó en serio el parágrafo *Sed naturalia* de la Instituta, en el que se indica que los "*Jura naturalia* siempre permanecen firmes e inmutables". El motivo que le movió a redactar las "Controversias ilustres" fue (según expresa él en el prólogo) defender estos derechos naturales del hombre, que él considera que están exterminados en toda la tierra. El parágrafo *Sed naturalia* fue entendido ahora de una forma ante todo individualista. Esta sujeción no debe entenderse al modo escolástico, en el que se distinguía entre la *vis coactiva* y la *vis directiva* de las leyes, de modo que el gobernante quedaba obligado a esta última pero no a aquella. Vázquez declara que la sujeción del príncipe a las leyes "La has de entender, en primer término, en cuanto a las palabras ... En segundo lugar, has de entender que el príncipe está sujeto también en cuanto al efecto y sustancia de la obligación legal, ya que esta sustancia o fundamento de la obligación legal es el consentimiento verdadero o presunto que el príncipe ha otorgado a

la ley ... En tercer lugar, has de entender que está sujeto también a la pena ... y por lo que hace a la ejecución se efectuaría por él mismo o por sus oficiales".

En el ejercicio de este poder jurisdiccional, el titular del poder está sometido a las leyes nacionales como un ciudadano más. Ésta era una común opinión del siglo XVI español, porque la mantenían todos los juristas relevantes con excepción de Antonio Gómez. Proporciona muchos argumentos a favor de esta vinculación del príncipe a sus propias leyes, y hay dos especialmente relevantes. "Existe una ... razón no menos nueva que insigne, porque del mismo modo nos obligan las leyes que los mismos contratos, ya que la ley no es otra cosa que un cierto contrato y mutua promesa de Los ciudadanos entre sí ... y éste es el verdadero sentido de la ley primera del Digesto, donde se dice: 'Común convención de la república', esto es, común y mutua promesa de los ciudadanos entre sí ... Luego así como el príncipe no sólo queda obligado por sus contratos, sino también sometido a ellos ... así también queda obligado por este contrato público, es decir, por la ley o por la legislación". El otro reza: "La violación de las leyes dadas por el príncipe debe considerarse como un acto perjudicial contra la república, a la que no tiene derecho por ser contra la comisión y cargo conferido por el pueblo". Si el gobernante traspasa los límites de su mandato, se convierte en un ciudadano más, decae el deber de obediencia hacia él, y es lícito resistirle con la fuerza. "Si el príncipe de la república a que pertenezco se lanza a matarme o herirme, siendo yo inocente ... por el mismo hecho y por el propio derecho deja de ser príncipe. Por tanto, si para mi propia defensa le hubiera dado muerte, no tanto parecerá que he matado al príncipe cuanto a un hombre ya particular".

§ 21. La Escolástica tardía española.

Se llama Segunda Escolástica o Escolástica Tardía Española al conjunto de teólogos que publicaron sus obras durante el siglo XVI y primera mitad del siglo XVII. Si situamos el inicio de esta corriente (ya que no escuela) con Francisco de Vitoria, podríamos señalar su final con Juan Cardenal de Lugo.

Esta Escolástica estuvo compuesta por teólogos, normalmente pertenecientes a órdenes religiosas: el clero secular apenas participó en ella. La primera generación de teólogos escolásticos fue la de Vitoria, Báñez o Soto, que llega hasta mediados del siglo XVI. La segunda generación estuvo integrada por personajes diversos,

fundamentalmente frailes agustinos y dominicos, como Bartolomé de Medina, Báñez, Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón. Y la tercera y última generación fue propiedad de los jesuitas: Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco Suárez, el “Doctor Eximio”. Podemos considerar que en buena medida se agotó con Suárez, tras el añadido de Juan (Cardenal) de Lugo, que fue el primer autor que declaró que la propiedad privada constituía un derecho natural del individuo. Tras Suárez publican algunos autores que, como Escobar o Lessius, son excesivamente manieristas y decadentes; por el contrario Juan de Lugo no tuvo empachos en llevar algunas tesis individualistas de Molina y Suárez hasta sus últimas consecuencias. Publicaron tratados “De justitia et jure” (entre otros tipos de obras), y conforme avanza el siglo XVI, estos estudios tienden a titularse “De legibus”, un título más acorde con los nuevos tiempos que corrían, porque destacaba Figgis que estos escolásticos hicieron una amalgama de derecho divino, civil y eclesiástico en un único sistema, y aunque distinguieron distintos tipos del derecho (eterno, natural, positivo) desconocieron las distinciones entre ellos, que son fundamentales.

Francisco de Vitoria vivió sus mocedades en París, en tiempos de estudio. Pero al volver a Salamanca trajo como libro de texto no las “Sentencias” de Pedro Lombardo sino la “Suma teológica” de Tomás de Aquino. Así, por primera vez en la historia, las obras del de Aquino fueron estudiadas y explicadas en una Escuela importante. Hasta el momento sólo habían recibido atención extensa por Pedro de Crockaert y Cayetano, porque los siglos XIV y XV fueron campo casi exclusivo de Juan Duns Scoto y sus seguidores. Vitoria dio origen a una corriente que usualmente llamamos Segunda Escolástica porque, una vez decadente la Escolástica en casi toda Europa, él dio nuevos impulsos al estudio de la realidad según las Filosofías escolásticas, y las doctrinas de este movimiento tardío tuvieron seria influencia en la formación del pensamiento jurídico moderno.

Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, como en general los dominicos, fueron más o menos fieles al espíritu tomista. Pero el avance del siglo XVI fue avance en doctrinas que mantenían que la bondad o maldad de las conductas surge *ex objecto*, esto es, que las acciones son buenas o malas en sí mismas al margen de las circunstancias: una tesis ajena a la enseñanza tomista, que solamente tomaba el criterio *ex objecto* como uno más entre otros. Gabriel Vázquez de Belmonte pasó a la historia por este objetivismo extremo que incluso afirmaba que el deber ser nacía desde el ser, de modo

que desde la maldad de una conducta brotaba sin más su imposición o prohibición. Era el triunfo del criterio *formaliter*, que pretendía estudiar las cosas en sí y por sí mismas, que lo reconocemos igual en Vázquez de Belmonte que en Herbert de Cherbury y, poco después, en Luis de Molina, Francisco Suárez y Hugo Grocio. Es el mismo criterio que seguía Luis de Molina, quizá el más jurista de este grupo de teólogos, como destacaba Hervada.

(Los jesuitas) El primero de estos teólogos, Gabriel Vázquez de Belmonte, rompió expresamente con la doctrina ética de Tomás de Aquino. El de Aquino había realzado especialmente la buena voluntad personal en la constitución del acto virtuoso, de modo que la forma de actuar es la que vuelve bueno el acto, pues no se trataba tanto de producir obras objetivamente buenas cuanto de actuar virtuosamente, esto es, de obrar como obraría un hombre que quisiera actuar bien de acuerdo con el fin que se propone. No sigue el criterio ex objecto, que enseñaba que lo bueno es bueno por sí mismo y lo malo es malo por sí mismo: ya indiqué que lo examinó extensamente en la *Prima Pars* de la "Suma teológica" y que, después parecer que lo aceptaba, lo desdeñó como criterio básico de la ética "Porque se puede llegar al fin por distintos caminos".

Vázquez de Belmonte (hacia 1590) se decide a prescindir de la buena voluntad personal en la formación del bien: Adriano (prefiere enfrentarse con un personaje poco conocido que no directamente con Tomás de Aquino) había mantenido que el actúa con buena voluntad (*obsequium se praestare Dei*) no peca. "Los argumentos de Adriano ... son de poca consistencia ... porque entonces el que se ama a sí mismo más que a Dios, ama más a una cosa creada que a Dios, y entonces no ama realmente a Dios". Porque puede suceder que ningún acto, ninguna virtud lleve a Dios, porque por sí no agrada a Dios. Es preciso estudiar una única razón del bien (*ratio boni*) que sea universal, igual para un cristiano que para un filósofo pagano. Pues Santo Tomás nos propone amar todas las cosas que nos lleven hacia el fin último, ya que estas cosas las amamos porque nos llevan a este fin, y todas ellas, porque son buenas, se ordenan *por su propia naturaleza* a la felicidad. Como es patente, para Vázquez existen en primer lugar las

cosas 'buenas', y secundariamente el fin último que alcanzamos con el ejercicio de esas buenas acciones[4].

En la cuestión 19, art. 2, disputatio 57 lanza su ataque definitivo contra Tomás de Aquino: "Las dificultades que hemos visto siempre permanecerán, porque si el apetito recto se define por la recta razón, y la recta razón por el apetito recto ... aquí hay un círculo vicioso, ya que lo uno se define por lo otro". Su receta es definir todas las cosas absolutamente (*per absolutum*), y este absoluto lo conocemos solamente mediante la razón. "De esto se sigue que algo es bueno o malo para el hombre por su propia naturaleza, aunque no supongamos ninguna prohibición o precepto de un superior, y decimos que estas cosas son buenas o malas por el mismo derecho natural. Porque el derecho natural no es otra cosa que la misma naturaleza racional, con la que algo es bueno si consona, y malo si disona de ella. Vázquez se apuntaba abiertamente a la corriente de moda, pues ya Bartolomé de Medina había indicado varios años antes que son muchos los que defendían el criterio *ex objecto* "a bocados".

(Luis de Molina) Pocos años después de Gabriel Vázquez publica Luis de Molina (1531-1600), que ha pasado a la historia más por sus aportaciones teológicas que no jurídicas. Influyó mucho en la Teología católica del siglo XVII, como reconocemos en los ataques de Pascal contra los jesuitas, normalmente llamados por él los 'molinistas'. En un primer momento, Molina trasladó este pensamiento de Gabriel Vázquez de Belmonte a la reflexión sobre el derecho: él entendió que si la obligación nace "De la naturaleza del objeto" (*Oritur a natura rei*, como sucede con la ayuda al que está en extrema necesidad, o con la prohibición de mentir, robar o adulterar) entonces pertenece al derecho natural; si la obligación no nace de la naturaleza de la cosa, sino de la voluntad del que ordena, entonces corresponde al derecho positivo humano. Igual que Gabriel Vázquez, él entiende que la naturaleza de la cosa es normativa por sí, de forma que la orden o prohibición se sigue sin más desde la índole de la conducta.

Su aportación más singular estuvo en que afirmó reiteradamente que desde las naturalezas objetivas e inmutables de las cosas surgen capacidades de hacer para cada

[4] . Indica que es necesario partir desde lo que es bueno por sí mismo, porque en caso contrario, habríamos de mantener que ladrón roba por amor a Dios, y que lo mismo hace el adúltero, y esta forma de hablar ofende a los oídos.

persona, como son las de usar las cosas propias, a comer el alimento de uno, a vestir el propio vestido, etc. Hoy diríamos que surgen derechos subjetivos desde cada cosa, y que estos derechos subjetivos son tan inmutables como las naturalezas de las cosas, por lo que al hablar de estos temas, el teólogo no hace ‘derecho’ sin más, sino el derecho verdaderamente inmutable, que es el derecho natural. Sigue el mismo estilo unilateral de argumentar que Gerson o Conrado, porque desde las naturalezas de las cosas tanto nacen derechos como deberes, ya que si yo soy dueño de mi bebida tengo el derecho a beberla, pero he de abstenerme ante la bebida que es propiedad de otro. Pero así como Gerson y Conrado únicamente tienen a la vista los derechos, potestades o facultades que posee cada individuo, Molina sigue esta actitud en un doble sentido.

En primer lugar, en el sentido expuesto: el dueño del alimento tiene un derecho inmutable a consumir su alimento. Y, al mismo tiempo, da a entender que la manifestación primera del derecho es el derecho subjetivo a la libertad personal inmotivada porque, aparte de su insistencia en las *facultates* que surgen desde las naturalezas de las cosas, escribe que “No veo el modo cómo pueda ser definido más cómodamente el derecho en esta acepción, que si dijéramos que es la facultad de hacer, de obtener o de insistir, o de comportarse de cualquier otro modo que, si fuera impedida sin legítima causa, se haría injuria al que la posee”.

Del contexto se desprende que no se limita a analizar una de las varias manifestaciones de la vida jurídica, sino la fundamental, que debe ser entendida tomando como modelo al derecho real de propiedad: “La facultad de uno para insistir y persistir en la posesión de sus cosas es el *jus* del que tratamos”. Porque el derecho en general no es otra cosa que la facultad a una cosa, como si decimos que los caballos tienen derecho al pasto, las estrellas a iluminar, los distintos elementos a subsistir en sus lugares. (Estas últimas líneas las copia literalmente de Gabriel Biel, al que no cita quizá por ser Biel discípulo de Ockham). El derecho es algo que nos es debido, de lo que somos dueños, al modo de los *jura in re*. Y este dominio no es entendido con restricciones, sino en toda su plenitud (*simpliciter*), como el que tiene un señor sobre las cosas que son suyas.

De hecho, todos los ejemplos que proporciona se refieren muy directamente al uso inmotivado del propio arbitrio, uso que presenta como una facultad que surge “Desde las cosas mismas”. “Del mismo modo, la facultad que tiene cada uno para insistir y persistir en la posesión de las cosas que son suyas, es el derecho del que

hablamos ... Igualmente, la facultad de que dispone cualquiera, por la< propia naturaleza de la cosa (*ex natura rei*), para recibir gratis algo que procede de la liberalidad de otra persona, es el derecho del que estamos hablando". Realmente, al filo de los ejemplos que él proporciona abundantemente, parece que la 'naturaleza de la cosa' de la que habla es ante todo la voluntad libre o el arbitrio de cada cual.

Él considera que todos estos casos constituyen un derecho, *jus*, porque los estudia ante todo desde el punto de vista de la injusticia que produciría su impedimento: ¿Puede alguien impedir a otra persona que use legítimamente las cosas que son suyas? Introduce el adjetivo *legitimus*, pero en un contexto diferente al romano: porque en la ciencia jurídica romanista, *legitimus* es lo adecuado a la ley, y Molina usa este término para referirse a todo uso inmotivado o libre de la propia voluntad. Porque él reitera, insistentemente, que todos nosotros tenemos ese derecho 'del que hablamos' cuando alguien, que sin legítima causa nos impidiera su ejercicio, nos cause una *injuria*. (En la lengua latina *injuria* significaba la violación de un derecho). Porque resulta evidente que quien nos impida comer lo que es nuestro, o vestir nuestro vestido, o pasear por la calle, sin haber causa suficiente para ello, está cometiendo una injuria contra nosotros. Porque lo que es derecho se mide ante todo desde lo que es *injuria*, ya que el derecho y la injuria poseen la misma razón de ser. El derecho vendría constituido por aquel conjunto de facultades que posee cada persona que no le pueden se impedidas sin incurrir en arbitrariedad.

Sus discípulos –pensemos en Leonardo Lessius- afilaron esta forma de entender la realidad jurídica, que ya no considera el *dominium* o *proprietas* como un instituto humano regulado por el derecho, sino que hace del *dominium* la manifestación primera o fundamental del derecho mismo.

El pensamiento tomista había visto en la sociedad humana una recreación continuada de la obra de la Creación, en la que el hombre cooperaba continuamente con Dios, porque Dios y los hombres estaban unidos ante todo por un fin común. Pero Molina –siguiendo a Scoto, Ockham, Gerson- más bien contempla un mundo humano que nada tiene que ver directamente con la realidad sobrenatural, que por esto mismo no se mueve por racionalidades comunes a los hombres y a Dios, sino por mandatos divinos expresamente revelados, de modo que Dios irrumpe en la historia humana, por así decir, desde fuera. Ante esta nueva teología Dios y los hombres dejan de ser cooperadores, y aparece ante todo un Dios Legislador y autoritario. Porque él sigue la

teoría de la *Pura natura hominis*, que mantiene que el hombre posee dos fines últimos, el natural y el sobrenatural, y entiende que ambos órdenes tienen distinta legalidad. Si la actuación humana está perfecta en sí y se desenvuelve al margen de la justicia divina, fueron comprensibles las imprecaciones de Pascal contra los 'molinistas'.

Queden en pie dos aspectos de la obra de Molina que resultaron básicos para la reflexión jurídica de comienzos de la Edad Moderna: que cada hombre posee libertad para hacer todo lo que no se le puede impedir sin violar su derecho, y que el ser humano tiene dos fines últimos, uno natural y otro sobrenatural.

(Francisco Suárez: 1548-1617) El gran triunfador del siglo XVII en los ambientes conservadores fue Francisco Suárez. Su filosofía fue barrida en definitiva por los sistemas filosóficos sensistas y fenomenistas que arrancaron de Hobbes y Locke, pero durante el siglo XVII y aún buena parte del XVIII, él fue el dominador indiscutido en los ambientes moderados. Pero es un autor complejo y complicado, que oculta casi tanto como muestra.

Quizá lo primero que llama la atención al leer a Suárez es el nuevo tono expositivo que él usa: expresiones como *formaliter*, *absolute*, *necessarium*, *a priori*, *intrinsece*, *proprie loquendo*, *ex terminis necessarium*, *per se*, *ex rei natura*, *ex vi rationis*, *iuxta naturalem*, y otras por el estilo forman el cañamazo retórico que él ofrece para exigir credibilidad. Tomás de Aquino usaba normalmente el verbo *oportet* (es conveniente, es oportuno) para obtener el vehículo que le permitía avanzar en sus argumentaciones. El nuevo tono pretendidamente apodíctico del jesuita nos indica que ya no estamos ante la reflexión usual ante el derecho o la experiencia jurídica, sino ante un nuevo discurso que pretende ante todo normar la realidad, porque quiere expresar la verdad estrictamente necesaria a priori, es decir, el derecho natural. Es el tono del nuevo jusnaturalismo de la Edad Moderna, que sigue la tónica general de los nuevos tiempos. Suárez mantuvo reiteradamente en esta obra la objetividad del mundo ético, y sostuvo también muy reiterativamente que la objetividad del derecho natural se reconoce en la máxima medida en la objetividad de sus conclusiones concretas.

Seguir esta inteligencia de la ley natural suponía entenderla únicamente a modo de un orden del ser objetivo que descendía desde Dios a los hombres, y esto presentaba ante todo dos diferencias con la visión tomista del derecho natural. Una, que Tomás de

Aquino y los juristas bajomedievales también la habían entendido así, pero no solamente así; porque junto a esta noción de la ley natural habían tenido en cuenta tanto las inclinaciones naturales de los seres humanos como las necesidades humanas en la historia, desde las que inducían las normas oportunas; de modo que si a veces la ley natural presentaba un cariz deductivo porque aparecía como una *participación* intelectual o racional de la ley eterna, a veces también aparecía como una realidad que era *inducida* y calculada en cada momento según las necesidades de los hombres.

La segunda divergencia frente a Tomás, la reconocemos en que, de modo consecuente con esta visión tan intelectual de la ley natural, Suárez entiende que en este universo racional y simplemente participado no tienen cabida los requerimientos de la vertiente sensitiva del hombre, ya que según Suárez la ley natural no se regula por la conveniencia a la naturaleza humana sensitiva, que es común con los animales, sino por su adecuación a la naturaleza racional, y los apetitos naturales han de ser considerados solamente –según la moda del momento- como materia regulada (*contracta*) por la racionalidad, sin que ellos tengan protagonismo en la creación de tal ley. Porque la ley en general (y por tanto la ley natural) es una realidad que solamente puede pertenecer a la naturaleza intelectual, esto es a la mente, y en el súbdito la ley sólo puede consistir en un acto mental. Por ello las inclinaciones de los sentidos no pueden ser entendidas formal o normativamente, como si ellas midieran, sino *participativamente,* como lo que es medido por la ley.

Notemos que con estas declaraciones se está abriendo paso una de las teorías jusnaturalistas fundamentales de la Edad Moderna que, cincuenta años más tarde será la recogida por los teólogos y juristas protestantes que, como Alberti, Velthem, Beckmann o Ziegler, se opusieron al nominalismo de Samuel Pufendorf. Como fue la recogida por los católicos que se opusieron en el siglo XVIII a las pretensiones secularizadoras y nominalistas de los discípulos de Pufendorf, pasa hasta hoy por ser la doctrina genuinamente católica acerca de la naturaleza de la ley natural.

El normativismo legal. Notemos que aparece ahora un problema nuevo: al insistir tanto en el carácter evidente de la justicia, y atribuir al derecho natural todo lo manifiesto en este campo, el derecho natural acapara toda justicia o bondad posible, de modo que el derecho positivo, creado por los hombres, no puede exigir obediencia desde sus contenidos (que serían arbitrarios o convencionales) sino sólo desde una

peculiaridad de origen: sería un derecho obligatorio porque está ordenado por la persona o la sociedad que posee la *jurisdictio* adecuada. Suárez disuelve toda obligatoriedad del derecho positivo en la relación de *dominium* o *jurisdictio* que el legislador tiene sobre las personas a las que ordena. Es decir, toda regla que posea una causa objetiva para existir compondría parte de derecho natural, y el derecho positivo queda como lo impuesto por vía de autoridad sobre temas moralmente indiferentes.

A pesar de su insistencia en lo objetivamente bueno o malo, Francisco Suárez considera que toda ley es siempre un mandato de una voluntad superior. Ciertamente, la ley indica las conductas adecuadas, pero la *ratio legis* (es decir, aquello por lo que la ley obliga o crea el deber de ser obedecida, más allá del simple consejo o indicación) ha de consistir en un acto de imperio. Suárez quería recuperar la noción del deber, perdida para los voluntaristas en el objetivismo ético metafísico de Vázquez y Molina que entendían –del mismo modo que Platón- que desde la cualidad de buena o mala de una conducta brotaba ya el deber de hacerla u omitirla. Porque si las conductas son buenas o malas por sí mismas, al margen de Dios, la reflexión sobre la ética entraba por un camino secularizador que Suárez entendía que no era ajustado a la realidad. Esto es, retoma la vieja doctrina que ya usó Duns Scoto, e indica que además de la faceta puramente indicativa de la ley, que muestra lo que está bien o mal (*lex indicans*), las leyes han de contener una dimensión imperativa que ordena (*lex imperans*) que se haga lo bueno y se evite lo malo. Pues si faltara esta vertiente preceptiva, las leyes solamente indicarían o mostrarían, sin ordenar o prohibir nada, y no podríamos hablar de ‘deber’.

En esta distinción entre *lex indicans* (que denota lo que es) y *lex imperans* (que ordena que debe ser lo que ya es) aparece con cierta plenitud la distinción más moderna entre ser y deber ser. Es interesante observar que el deber solamente puede brotar, según Suárez, desde la imposición de una voluntad superior. Entendamos esta última observación en su contexto histórico: para Suárez y los modernos, el derecho obliga o crea el deber de ser obedecido por estar ordenado por el superior, suponiendo que su contenido no sea injusto. Para los medievales, el derecho obligaba por ser racional, y secundariamente por estar ordenado por el legislador: por esto admitieron el derecho romano como un derecho válido.

Mantiene (como postulado, aunque lo presenta como dato evidente por sí) que toda ley es un acto de gobierno, esto es, “De dominio y jurisdicción”, de modo que lo ordenado por el poder legítimo crea el *deber* de ser obedecido. Esto también estaba

establecido así en la doctrina bajomedieval, pero no con esta exclusividad: porque ahora, al declarar sin más matizaciones que la ley es un acto de dominio y jurisdicción, hace pasar al primer plano la cualidad del gobernante que dicta la ley, y no tanto la racionalidad de lo contenido en ella. No era ésta la visión anterior de la ley, que tendía a concebirla más como una obra de la inteligencia que no como el resultado de la voluntad del poder. Frente a ella, Suárez declara que "El poder (*imperium*), en cuanto a su sustancia, consiste en la misma voluntad". Este tipo de declaraciones se va haciendo más frecuente y rígido conforme avanza el "Tractatus de Legibus" rechaza el valor jurídico del *Jus Commune* porque las *leges civiles* de que se compone tal derecho no han surgido desde la voluntad del superior político. Él asimila las nociones de *potestas*, *dominium*, *proprietas* y *jurisdictio*, como ya hiciera siglo y medio antes Conrado de Summenhart y reiteró Luis de Molina en el último decenio del siglo XVI. Declara que la ciudad tiene poder para dar leyes en la medida en que tiene jurisdicción, y la razón de ello es que la potestad para legislar es la misma jurisdicción. Se mueve con estas nociones, identificándolas, pero sin dar razón de por qué han de considerarse idénticas cuando nos referimos a la capacidad legislativa. Solamente reitera que la potestad legislativa es una *proprietas* de la comunidad política.

No existe el cálculo del *medium rei* en el derecho, porque la materia de la virtud (*materia virtutis*) se constituye ordenando y prohibiendo, como sucede con el precepto del ayuno o el de oír misa los días festivos. Está dominado por la mentalidad que entiende que aunque la ley en cierto modo está dirigida por la materia sobre la que trata, de forma que se puede hablar de una *causa quasi material*, sin embargo las variaciones que se producen sobre esta materia "No afectan para nada a la consideración moral"; pues la ley tiene una causa eficiente (que es el legislador), y desde ella es de donde puede perder su fuerza de obligar, o quedar en suspenso.

Los derechos subjetivos naturales. Junto a la noción del *jus* como precepto aparece en Suárez otra manifestación primera y fundamental del derecho: la del jus como *facultas* y como *qualitas moralis*, con la que anticipa la Modernidad en el derecho. Ya en el capítulo 2 del primer libro del "Tractatus" nos indica que el derecho, "En su significación estricta", debe ser entendido como una cierta facultad moral que tiene cada uno sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe, y así es como decimos que el dueño tiene un derecho a la cosa o que el operario tiene derecho a su salario. Así es

como ha de entenderse la ley ‘Justitia’ del Digesto, en el título “De justitia et iure”, porque en este lugar se dice que la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, esto es, de entregar a cada uno aquello que a él le corresponde. Esta tesis le parece excesiva y aclara en el parágrafo 7 que “Derecho significa lo mismo que ley, puesto que son nociones convertibles, y se reputan como sinónimas”. Pero un autor progresista de una época que llevaba entonces más de cincuenta años proclamando los derechos naturales del individuo (*jura naturalia*, como declaraba la Instituta en 1,2,11) no puede contentarse con esta sencilla equiparación entre el derecho y las leyes, aunque añada que la *facultas* nace desde la ley.

En realidad, lo que parece estar en juego es la noción misma de facultad jurídica, que había quedado anticuada, pues la facultad denota la pretensión que tiene una persona de acuerdo con las leyes existentes, y el momento histórico parecía requerir la superación de la figura de la facultad jurídica (siempre dependiendo de la objetividad legal preexistente) para adentrarse por un camino más individualista, como era el de la ‘cualidad moral’ (*qualitas moralis*) que ante todo consiste en libertad personal anterior a las leyes.

Retoma, pues, el tema y explica que la palabra *jus* es equívoca. “A veces *jus* significa la facultad moral a una cosa, o sobre una cosa, sea un verdadero dominio o alguna participación de él, que es el objeto propio de la justicia, tal como consta por Santo Tomás en la q. 57, art. 1”. “A veces *jus* significa la ley, que es la regla de la actuación justa y que constituye en las cosas una cierta equidad, y que es la *ratio* del mismo derecho según el modo anterior”. Pero al llegar a este punto corta bruscamente el hilo previsible del discurso y escribe que “Para tener nombres breves, que podamos usar, al primero lo podemos llamar *jus utile*, y al segundo <*jus*> *honestum*, o al primero *jus reale* y al segundo *jus legale*”. Ambos derechos pueden ser divididos en natural, de gentes y civil, y “Llamamos *jus utile naturale*[5] a aquel que nos lo proporciona la misma naturaleza, o que proviene con ella, como cuando decimos que la libertad es de derecho natural”. El hombre es, así, un ser que está dotado de derechos subjetivos naturales, o facultades o cualidades naturales, entre las que destaca la cuasi cualidad moral al uso de la libertad natural. En este marco de pensamiento, Suárez alude con toda facilidad a la dignidad natural del hombre, pues el ser humano, hecho a imagen de Dios, es *sui juris*,

[5] . La expresión *jus utile naturale* ha de ser traducida hoy como derecho subjetivo natural.

y no está sometido a nadie. Estaban puestos los cimientos y los muros maestros de la Escuela moderna del derecho natural.

Aparece con fuerza nueva la tesis romana que expresa “Libertas est de jure naturali”, o “Libertas, id est jus naturale”, pero en un contexto distinto al romano. Porque en el *Corpus Juris* la libertad individual es como un bien constante que corresponde a toda persona por el mismo hecho de serlo, pero que se recorta automáticamente según las exigencias objetivas de cada situación o momento. De forma que si a veces hay que arrancar desde la libertad personal, a veces también hay que partir desde otras consideraciones que no tienen por qué fomentar la indeterminabilidad del arbitrio.

Pero si el espíritu romano tenía a la vista más las competencias de cada cual según el tipo de relación que en ese momento le vincula con otro u otros, Francisco Suárez se está refiriendo ahora a todo el abanico de los actos de por sí indiferentes, de cuyo ejercicio no hay que rendir cuentas. El tema lo había introducido anteriormente, cuando establece una ‘Ley permisiva originaria’ (*Lex permissiva originaria)* que da origen al derecho natural *concesivo*, al escribir que “Podemos dudar de si los actos indiferentes están permitidos por alguna ley, porque no vemos ninguna ley que los permita positivamente, sino sólo negativamente, porque no están prohibidos, y parece que esto no es suficiente”. “Sin embargo, podemos decir que ellos están propiamente permitidos por la ley natural, porque la ley natural no es meramente negativa sobre esos actos, sino que los juzga positivamente y dispone que sean indiferentes”.

En tono más suave expone en el libro II del “Tractatus” que en el derecho natural existen muchas conductas que se pueden hacer lícitamente por la fuerza de la misma ley natural, porque no están prescritas ni sus contrarias prohibidas, y entonces decimos que se da un derecho natural concesivo, como es el derecho a casarse, a retener y a conservar la propia libertad: todo esto es honesto (*honestum*), porque lo concede o permite el derecho natural, sin ordenarlo. Y la razón es que la razón natural no sólo dicta lo que es necesario, sino también lo que es lícito. Esta nota queda más clara en la “Defensio Fidei”, en donde explica que la palabra derecho a veces significa la ley o el precepto, pero más frecuentemente, y con más propiedad, denota la facultad de obrar que, por así decir, es como un *jus facti*. Al derecho así entendido lo podemos llamar un derecho divino, ya que este mismo privilegio constituye una libertad frente a los otros, y es una facultad moral de no obedecer a otra potestad, de forma que consiste en obrar sin

impedimento. La libertad así entendida es una facultad dada por Dios mismo, por lo que se llama un derecho divino, no porque sea un precepto, sino porque es un don de Dios.

Esta libertad natural la configura reiteradamente sobre el modelo del dominio (*dominium*), entendido éste como el derecho real de propiedad: "Estas propiedades cuasi morales, que son dominios o derechos...". Pero al hacer esta mixtura de tesis romanas con categorías escolásticas que proceden de la filosofía de los Nominales, a Suárez se le plantea un problema singular: los juristas romanos habían expuesto en los primeros títulos del Digesto y de la Instituta que el poder político, con sus relaciones de jerarquización y subordinación, destruía la libertad individual que es propia del derecho natural, por lo que añadían que en este punto el derecho natural estaba derogado por el derecho de gentes, que era la instancia que había introducido el poder político, entre otras cosas.

Realmente, ¿es *contra naturam* el poder político? Ante este problema, inicia un largo alegato. Existe motivo para dudar, porque el hombre –explica Suárez- es libre por naturaleza, y no está sujeto a nadie, sino solamente a su Creador, de lo que hay que concluir que el poder humano (*principatum humanum*) es contra el orden natural e incluye tiranía. Pero el poder político es necesario para la vida humana, y por ello es honesto. Conviene observar que la multitud de los hombres no está regida por ángeles, ni tampoco inmediatamente por Dios mismo, sino que la 'ley ordinaria' opera a través de causas segundas proporcionadas. Luego, contra Gerson, que proporciona una doctrina que se acomoda muy bien a las herejías de los tiempos que corren, es preciso mantener que las leyes humanas obligan en conciencia a su cumplimiento. Pero parece que esta explicación de corte tan tradicional no es adecuada a los tiempos nuevos, por lo que Suárez añade inmediatamente que "Aunque el hombre no ha sido creado ni ha nacido sometido a la potestad de un príncipe humano, ha nacido con capacidad para el sometimiento (por así decir). Por lo que el acto de sometimiento, aunque no procede inmediatamente de la naturaleza, tampoco va contra lo que ordena el derecho natural". Una *via media* entre el aristotelismo y algunas ideas romanistas.

La democracia. La libertad de cada ser humano cuenta mucho en la explicación que Suárez proporciona de la realidad, también de la realidad política. Hasta el siglo XVIII, los tratadistas de ciencia política explicaban que existían tres tipos de principado: el monárquico, el aristocrático, y el democrático. La mayor parte se

decantaba por la primera forma política, suponiendo, después del siglo XIII (tras la irrupción del aristotelismo) que el pueblo, titular primario del poder político, lo había traspasado mediante un contrato al Rey. Precisamente los teólogos españoles que integran el conjunto de la Segunda Escolástica fueron colectivamente los primeros teóricos sistemáticos de esta doctrina. Pero Suárez se diferencia de sus otros compañeros de escuela en que no se limita con aludir a las tres formas políticas tradicionales, señalando sus respectivas ventajas e inconvenientes, sino que insiste en que la única forma política adecuada sin más al derecho natural es la democrática.

Este tema lo trata extensamente en la "Defensio Fidei", una obra dirigida a combatir las pretensiones de los reyes ingleses que, en un primer momento, con Enrique VIII, se habían separado de Roma, y más tarde lanzaron la teoría que Figgis llamaba el Derecho Divino de los Reyes, esto es, la doctrina que mantiene que los reyes concretos están designados como tales directamente por Dios, de modo que ante ellos sólo cabe la obediencia pasiva. Como ha de delimitar con precisión los poderes del Rey y del Papa, para mostrar hasta donde alcanza uno y otro (pues Suárez trata de demostrar que el Rey no puede ser cabeza de la Iglesia de Inglaterra), delinea con cierta precisión conceptual en esta obra la naturaleza, alcance y límites de cada uno de estos poderes.

Su tesis de fondo es que el Rey no es tal directamente por derecho natural ni por derecho divino. El derecho natural solamente estatuye la igual libertad de todas las personas, de forma que el poder político existe únicamente en el pueblo unido. Ni siquiera la democracia viene estatuida por el derecho divino, sino sólo por el derecho natural. Hay que hacer la notar la diferencia que existe entre la democracia y las otras formas de gobierno –explica Suárez- porque la monarquía y la aristocracia hubieron de ser introducidas mediante institución positiva de los hombres, ya que la sola razón natural no determina que haya de ser puesta en práctica alguna de ellas, y la democracia, en cambio, existe sin esta institución positiva humana, por la fuerza de la sola naturaleza (*ex sola naturali institutione*), de la razón que dicta que la potestad política suprema se sigue de la comunidad humana perfecta, y por fuerza de esta razón pertenece a toda la comunidad. Porque todo hombre, escribe Suárez, nace libre, y solo puede perder su libertad por su propio consentimiento o por algún título justo, pues el derecho natural no ordena que todo hombre permanezca siempre libre, sin estar sometido a alguna sujeción. Por esta misma razón, la comunidad perfecta civil es libre por derecho natural, y no está sometida a ningún hombre fuera de sí misma, por lo que si no cambian las cosas, es una

sociedad democrática. Pues este poder es como si fuera recibido directamente de Dios, de forma que la sociedad es *sui juris*, que no excluye, sino que más bien incluye el derecho a regirse a sí misma y mandar sobre sus miembros, de modo que el derecho natural excluye la sujeción a un hombre, porque Dios no ha dado tal poder inmediatamente a ningún ser humano.

La libertad de conciencia. Del mismo modo que Gabriel Vázquez y Luis de Molina, él defiende también la teoría de la *pura natura hominis*: "La Teología enseña sobre la ley natural que el hombre tiene una doble naturaleza, y una doble luz de la razón. En primer lugar tenemos la pura naturaleza o la sustancia del alma racional, y consecuentemente una luz connatural según la razón. En segundo término está la naturaleza de la gracia infundida al hombre, de la que se sigue la luz divina y sobrenatural de la fe". Luego la ley natural es doble: una, la puramente natural, otra la *simpliciter* sobrenatural.

Con esta doctrina, Suárez posiblemente trataba de limitar las competencias del poder político para hacer posible la paz religiosa. En esta línea, él fue el primer autor (en la medida en que conozco la historia) que fundamentó la libertad de conciencia: no la libertad de expresión, pero sí la de conciencia, A lo largo del libro III del "Tractatus de Legibus" va dando vueltas a la idea de si las leyes civiles pueden prohibir todos los actos moralmente malos y ordenar los moralmente buenos. Él entiende que no, que las leyes no pueden prohibir todo lo malo porque la finalidad de la sociedad política no es la de elevarnos sobre la condición humana, como sucedería si prohibiéramos todo lo malo y ordenáramos todo lo bueno. En el capítulo 13 de este libro entra en el núcleo de la cuestión, cuando se pregunta si la ley civil puede disponer sobre los actos externos de las personas: *An lex civilis tantum possit externos actus praecipere, aut prohibere*. Tengamos presente que él no podía abordar directamente el problema, porque a comienzos del siglo XVII nadie había afirmado sin más y directamente la libertad de conciencia; le era preciso dar vueltas a la cuestión, para abordarla oblicuamente.

En primer lugar, él comprueba que no existen actos puramente externos, porque todo acto humano o moral tiene su vertiente interna, sin la que no puede existir. Por ello, todo acto humano es un compuesto, por así decir, de cuerpo exterior y de forma interior e invisible. En primer lugar argumenta que la ley no puede disponer sobre esta parte interna de los actos porque las leyes humanas son coercitivas (tienen fuerza

coercitiva) y tal fuerza no alcanza a la faceta interior de las acciones. Frente a Fortún García, que había mantenido que el poder político había de ocuparse de todo lo relacionado con la paz temporal y espiritual de los hombres, Suárez mantiene que "La razón fundamental de esta tesis es que el poder legislativo humano solamente se ordena a la paz exterior y a la justicia humana, para los que no importan los actos que se producen simplemente en la mente". Se plantea reiteradamente si los 'actos ocultos' (es decir, interiores) pueden ser objeto de regulación legal, y siempre concluye que no, porque la fuerza coactiva de las leyes no los alcanza, "Ya que los juicios humanos no se hacen sino según lo alegado y probado". ¿Y si sucede que un pensamiento puede ser efectivamente alegado y probado? Le era preciso ocuparse del tema más directamente. "Los actos mentales –escribe Suárez- y los meramente internos están, por su naturaleza, ocultos a los otros hombres, porque los hombres no los conocen naturalmente, sino a través de los sentidos, y lo que conocemos por los sentidos, si no hay signos que lo manifiesten, por sí mismos y por su naturaleza permanecen fuera del conocimiento humano: de este modo son los actos meramente internos, y por eso decimos que son actos ocultos". Las leyes solamente pueden ocuparse de aquellas acciones que, por sí mismas y su naturaleza, son cognoscibles *humano modo*, no de aquellas que permanecen ocultas y que quedan fuera del foro de los hombres.

(Juan de Lugo) Esta escolástica tardía llega a su madurez con Juan de Lugo. Lugo presenta, entre otras, la ventaja de resumir las doctrinas de Luis de Molina y Francisco Suárez. Nos explica ante todo que él procederá al modo escolástico, como es usual en las escuelas de Teología de la Sociedad de Jesús.

Él prefiere partir desde el dominio o potestad legítima, aunque reconoce que estos términos son tan oscuros que es preciso clarificarlos. Porque si vamos al fondo del tema y queremos saber qué es el *jus* al que tiende la justicia, es necesario saber qué entendemos por *meum et tuum*. "Para resolver esto hay que advertir que no toda prelación en orden a una cosa constituye el derecho al que se refiere la justicia conmutativa, sino sólo aquella preferencia en la que, en el uso de esa cosa, un hombre debe ser preferido a otros, porque existe una peculiar conexión de esa cosa con ese hombre, de modo que toda ella se ordena a su utilidad; y esta ordenación así entendida es lo que queremos indicar cuando hablamos del *meum* y del *tuum*". El *proprium commodum* o el provecho personal se inserta así en la definición misma del derecho, por

lo que el derecho del padre sobre sus hijos no puede ser llamado derecho, si hablamos con propiedad, porque la generación no proporciona al padre un derecho por el que pueda ordenar a sus hijos a su propia utilidad. La razón por la que el derecho ha de ser entendido siempre en referencia al provecho del titular reside en la dignidad y nobleza humanas, que impide que una persona se ponga a disposición de otra.

Explica, con categorías extremadamente escolásticas, que el derecho no es cosa distinta de su titular, ya que la igualdad que existe en la justicia conmutativa es igualdad con el derecho formal del dominio que cada cual tiene sobre sus cosas. Lógicamente, la justicia distributiva, en cuanto distributiva, no constituye exactamente justicia, pues no atiende al 'proprium et strictum jus'. Por este camino, el *jus* aparece ante todo como una cualidad personal, y él explica que la facultad en la que consiste el dominio no es una facultad cualquiera, ni tampoco se trata de cualquier derecho; sino es solamente aquella facultad que nace desde la misma conexión (*ex connectione ipsa*) que tenemos con alguna cosa. El dueño o *dominus* perfecto es Dios que, aunque no puede abdicar de su dominio transfiriéndolo a otros, puede, sin embargo, destruir la cosa de la que es dueño.

Pero ni Lessius ni Lugo entran por el camino señalado por Suárez cuando este último hablaba directamente de la libertad natural como una 'quasi facultas moralis'. Ellos pasan por alto la figura de la 'qualitas personalis' y siguen usando la más añeja de facultad personal. Pero el tiempo no había pasado en balde entre los escolásticos, y Lugo no hace depender el *dominium* de una ley superior a los individuos que otorgara facultades sobre las cosas, sino que reitera que el dominio nace desde la conexión de cada persona con la cosa misma. Por eso define el derecho como 'usus juris' (a diferencia del 'usus facti'), que "Est potestas moralis ad haec facienda propter jus intrinsecum et radicatum in persona". No explica qué es una persona, pero por sus explicaciones en la Disputatio 3 de este libro, parece entender por tal al ser que dispone de voluntad libre.

Con Lugo se pierde definitivamente la doctrina que entendía a la propiedad como instituto introducido por el derecho de gentes, por razones de utilidad colectiva, que derogaba al derecho natural. Los juristas y filósofos anteriores habían mantenido que la propiedad, aunque no ordenada o estatuida por el *jus naturale*, era necesaria para vivir en paz. Por ello, el derecho humano introdujo la *divisio rerum* derogando en este punto al derecho natural. Esto, ¿es cierto o admisible? "Tota haec responsio difficilis est", comenta Lugo. Debemos considerar que pertenece al derecho natural todo lo que

es necesario para vivir racionalmente; después del pecado hubo tal cantidad de hombres, que la propiedad resultó ser un medio no solamente conveniente, sino necesario, para alcanzar el orden y la paz social. Luego en nuestro estado presente (después del pecado original), y respecto a todos los hombres, el mismo derecho natural obligaba, al margen de cualquier precepto humano, a hacer la división de las cosas. Los juristas han entendido que la división fue hecha por alguna ley de la comunidad o del príncipe pero esto, *durissimum videtur*, porque al margen, incluso de las leyes del propio Adán, si alguien, por su propia industria, y trabajo, y arte, pintara una bella imagen, o esculpiera una estatua, ¿acaso no sería el mismo derecho, imagen de la naturaleza, el que hiciera que aquellas cosas fueran propiedad de su artífice?. "Luego el mismo derecho natural, antes que toda ley humana positiva, pudo haber dividido los dominios, y de hecho lo hizo".

§ 22. Samuel Pufendorf (1632-1694).

El Barón de Pufendorf publicó el "De jure naturae et gentium libri octo" en 1759. Esta obra no fue simplemente un hito doctrinal más, como si se limitara a depurar intelectualmente la doctrina de Hugo Grocio. Supuso una ruptura total con la cultura anterior comenzando por su tono insultante: ya indiqué que designa a la Iglesia Católica bajo la expresión de "Regnum tenebrarum", siguiendo la expresión hobbesiana de "Kingdom of Darkness". Pero Hobbes se refería, con esta expresión, a la cultura aristotélica. Pufendorf designaba de este modo, además, a toda la Filosofía y ciencia del derecho realizada bajo las épocas de prevalencia católica: los Padres de la Iglesia, Isidoro de Sevilla, la Escolástica bajomedieval y del siglo XVI, el Derecho Común. Sólo cita, de entre estos siglos, a Fernando Vázquez de Menchaca y François Conan entre los juristas (al resto los ignora o los insulta). Insulta concienzudamente a los teólogos escolásticos.

Ciertamente, Pufendorf tuvo difíciles las cosas, pero él contribuyó eficazmente a ponerlas aún más enconadas. Crearon para él la primera Cátedra de Derecho Natural que ha existido en la Universidad de Heidelberg, que era católica, pero el talante personal de que dio muestras hizo que su vida académica fuera una continua polémica. Fue un autor grosero, y es rara la página de alguna de sus obras que no contiene algún insulto, *stupidus* el más frecuente. Normalmente acusa a sus adversarios de oponerse a él por envidia: debía tener buena opinión de sí mismo, ya que se consideraba el

fundador de la ciencia del derecho natural. Fue desinhibido, como observamos por los ejemplos que ocasionalmente proporciona, en los que recurre a la figura del marido cornudo para explicar, por ejemplo, las limitaciones de la representación personal. En su línea paradójica, hizo alarde de una fuerte formación humanista clásica, del tipo de la de Vázquez de Menchaca, Hugo Grocio, o de los juristas humanistas del siglo anterior. Sus grandes autoridades fueron Thomas Hobbes (buena parte de su obra es un diálogo con el inglés) y Michel de Montaigne. De acuerdo con su personalidad, trató de dominar los ámbitos universitarios en los que trabajaba, y sus enemigos (siempre protestantes: Alberti, Velthem, Gesenius, Zentgrav, Beckmann y otros) le achacaron comportarse con sus disidentes como la Inquisición española actuaba con sus enemigos.

Pufendorf erigió a la libertad del individuo (tras los pasos de Fernando Vázquez de Menchaca, entre los juristas, y de Molina y Suárez, entre los teólogos) en el elemento sistemático de su teoría del derecho natural. Entiende que él es el primero que ha tratado de forma completa el derecho natural. Tras algunas obras de juventud, publicó hacia 1675 el “De jure naturae et gentium”, una obra que traducida al inglés, alemán, francés e italiano, y algo más tarde el “De officio hominis et civis”. Esta segunda obra fue vista como una edición resumida del extenso “De jure naturae”, pero no es exactamente así. El “De officio” alcanzó pronto catorce ediciones, editada en varios idiomas. El 1686, el Káiser Federico Guillermo solicitó su asistencia como consejero privado, y en 1694 la corte de Estocolmo le otorgó el título de Barón. Murió en Berlín el 25 de octubre de este mismo año.

No es fácil hablar desapasionadamente sobre Pufendorf. Él trasplantó a la teoría jurídica la guerra de religiones, y su radicalismo ocasional, así como el tono grosero que suele emplear en las argumentaciones, hicieron de su figura una piedra de escándalo.

(Cómo conciliar una tradición inconciliable) No mostró sin más sus novedades: es un autor que muestra y oculta, porque desarrolló paralelamente dos líneas argumentativas en sus obras más importantes, el “De jure naturae et gentium libri VIII” y el “De Officio hominis et civis”. Su actitud vino dictada por las explicaciones de Molina y Suárez. Estos jesuitas habían intentado conciliar en sus doctrinas dos argumentaciones distintas –cuando no opuestas- sobre la ley natural. Porque de un lado presentaron a esta ley como el conjunto de las esencias racionales desde las que nacen derechos de libertad para los seres humanos: la propiedad privada constituiría una

esencia racional (momento de la objetividad) y el dueño de una cosa puede usarla o consumirla (momento de la subjetividad libre). Ya indiqué que estos escolásticos tuvieron ante su vista esencias inmutables desde las que solamente nacen derechos para sus titulares: pero no aludieron a que desde este tipo de realidades surgen igualmente deberes para todos: porque si el dueño de una cosa puede consumirla, esa misma persona debe respetar las propiedades ajenas; ellos aludieron únicamente a los derechos subjetivos, libres e inmotivados, y no mencionaron los deberes que brotan desde las 'cosas' así entendidas. Era una explicación que cojeaba.

Por otra parte, aquellos autores se refirieron, de hecho y al mismo tiempo, a una libertad originaria de los hombres, concedida por la *lex naturalis permissiva*, que determinaba que todo ser humano fuera titular de un derecho en general a la libertad sobre su cuerpo, persona y actos. Suárez caracterizó a este sector de la libertad individual como una *Quasi qualitas moralis,* y Grocio la llamó, quince años más tarde *Qualitas moralis personae competens*. Pero notemos que las libertades de las personas entendidas de este último modo no se relacionan en nada con las libertades que surgen para cada sujeto desde las naturalezas objetivamente racionales de las cosas, como es el derecho del dueño a beber su bebida. Es más, parece percibirse una cierta oposición entre una y otra noción de los derechos naturales de libertad, porque los que surgen desde las naturalezas de las cosas suponen un estilo metafísico (platonizante) de pensar, mientras que esta segunda libertad individual que es una 'cualidad moral' es una realidad inmotivada, que existe al margen de cualquier esencia objetiva. En esta segunda acepción de la libertad, Molina y Suárez enlazaron con Scoto, Ockham o Gerson.

Durante medio siglo (1610-1670) las Universidades europeas enseñaron estas teorías, insistiendo normalmente en las explicaciones sobre las naturalezas racionales inmutables. Pero los dos fermentos de vida antitéticos que vivían en ellas acabaron manifestándose –de forma normalmente contradictoria- en la obra de Samuel Pufendorf.

(Primera versión: los 'entes morales'). Es preciso no dejarse dominar por la capacidad persuasiva de este alemán, que oculta tanto como enseña. Porque una vez que ha establecido que la sociabilidad es el principio supremo del derecho natural, y que esta sociabilidad nos la ha infundido *contingentemente* Dios a los hombres, mantiene

una noción de ley o derecho natural que poco se diferencia del de la de tradición estoica-cristiana: “Bastantes convienen en que el derecho natural fluye desde la misma razón del hombre, de la cual surgen un dictamen recto... y así dicen las Sagradas Escrituras que la ley natural habla porque está inscrita en el corazón de los hombres”. Por eso entendemos -prosigue Pufendorf- que la ley natural es congénita a los hombres desde su nacimiento, y que los principios generales están como impresos, al modo de distinciones y proposiciones actuales (de vigencia actual), de forma que el hombre puede conocerlos sin ulterior información o mediación.

Este derecho o ley natural está compuesto por los ‘entes morales’, *entia moralia*; al comienzo de este tratado ha dejado establecido que tales ‘entes’ son los mandatos que Dios ha dirigido a los hombres para que éstos compongan su vida de forma ordenada y honesta y se diferencien así de los animales.

En esta primera versión de los *entia moralia* Pufendorf recaba que no son ‘sustancias’, sino *modos* o *modi* que no provienen de los principios intrínsecos de las substancias de las cosas, según su terminología; que son realidades ya existentes que se ‘sobreañaden’ al arbitrio de los seres inteligentes por obra de una voluntad superior, que es la de Dios. Esos entes consisten simplemente en mandatos de Dios a los hombres, unos mandatos que son así como podrían ser de otros modos. En la primera mitad del siglo XVII se puso de moda afirmar este carácter contingente de las leyes de Dios, y Descartes, por ejemplo, había mantenido que Dios nos dio sus Mandamientos “Con la más absoluta indiferencia”. A diferencia de Molina y Suárez, niega la existencia de un orden del ser objetivo. Para mostrar su rotundidad en el nominalismo sostiene que, si Dios quisiera, se le daría culto mediante las blasfemias y el desprecio, tal como mantuvo -según él cita- Fernando Vázquez de Menchaca en las “Controversias ilustres”, L. I, cap. 27, parágrafos 9 y siguientes. La ley natural *debe* ser obedecida porque está dictada por Dios. A estos mandatos los llamó entes morales (*entia moralia*) porque cabalmente no tienen estatuto real o metafísico definido: adoptó desde el primer momento una postura nominalista decidida, y explicó que tales mandatos son solamente modos (*modi*) que Dios impone a los hombres.

De todos modos, esta explicación primera de la ley natural (que prácticamente es la única conocida por los historiadores), parece seguir los carriles del aristotelismo, porque lo cierto es que conocemos claramente los mandatos de Dios que se expresan en el Decálogo. Él no se detiene en los Mandamientos expresamente revelados, sino que

establece una doctrina más amplia que se basa en la necesidad de la sociabilidad del ser humano. Considera –de acuerdo con la tradición- que el hombre es un ser débil que necesita de los demás para desarrollar la mayoría de los fines de su vida, de forma que el *principium* del derecho natural es el fomento de la sociabilidad, la *sociabilitas*. Pretende exponer un extenso código de leyes naturales deducidas desde este principio primero. El hombre sería un ser sociable que dispone, además, para regir su vida, de los Mandamientos de Dios.

(La negación del 'medium rei'). ¿Cómo explicar el fundamento último del derecho, en aquella época, manteniendo un voluntarismo a ultranza? Los Nominales se habían podido permitir ser voluntaristas porque afirmaban la "Primera justicia de Dios" desde la que nacen para los hombres derechos, facultades libertades o dominios. Pero Pufendorf, activo en un ambiente bastante secularizado, no podía remitirse a un *depósito* de normas justas o santas, como era la "Primera justicia divina". Solamente tenía a mano remitirse inmatizadamente a la 'voluntad de Dios', pues Él dictó con Su voluntad el Decálogo, y Él creó al hombre libremente, y lo hizo tal como es, dependiente de los demás y necesitado del fomento de la sociabilidad.

Existe un segundo momento del voluntarismo, que es el *nominalismo* al que estas actitudes suelen llevar: no es lícito confundir el voluntarismo de Dios con el nominalismo humano, pero son actitudes muy próximas. Tomás de Aquino mantuvo el criterio del 'medium rei' porque es evidente, y no necesitado de más pruebas, que el profesor debe explicar con claridad y el conductor ha de conducir con prudencia: luego la claridad y la prudencia se deducen desde las 'cosas mismas' de la docencia y de la conducción. Pero como Pufendorf quiere deshacer cualquier posibilidad de la ontología en el derecho, se ve forzado a negar este tipo de conocimiento del 'justo medio' del derecho. ¿Por qué quiso negar las virtualidades de la ontología? La única respuesta es que desde el siglo XVII a hoy, todos los no-creyentes han negado la posibilidad de los conocimientos metafísicos y ontológicos. Es cierto que también Scoto y Suárez se opusieron al 'medium rei', pero lo podían hacer porque disponían de otros puntos de referencia teológicos para la valoración de las acciones; pero Pufendorf, una vez que hubo negado el noúmeno de los jesuitas, se había quedado sin reservas para las valoraciones, excepto su remisión genérica a la 'voluntad de Dios'.

¿Cómo se puede negar el 'medium rei'? Si el profesor examina su vida le resulta de la máxima evidencia que como profesor debe explicar con la claridad adecuada, y que como conductor ha de respetar las reglas de la conducción: es un criterio que no puede negar sin contradecirse él a sí mismo en su vida cotidiana. Seguramente Samuel Pufendorf tendría la misma vivencia, y lo que le preocupaba era encontrar el cauce retórico adecuado por el que abordar el problema de esta negación. La expresión 'medio de la cosa' designa de algún modo un objeto 'físico', como es esa cosa mencionada. El profesor sabe que su docencia no es exactamente un objeto físico, como sí lo son sus lápices, pero a Pufendorf le interesa ahora llevar la discusión a su terreno, es decir, *al de los cuerpos físicos*, de modo que el medio aludido sea vinculado a la noción de un cuerpo medible en número y figura.

Él explica a sus lectores que la 'cantidad moral' (por seguir su modo de expresarse) no se calcula matemáticamente. Es necesario recurrir a otras consideraciones, a "Otro género de cantidad que es distinto de la cantidad física o matemática". Esta nueva forma de medir que él propone la llama "Cantidad desde la imposición", esto es, desde el mandato del superior. Realmente, no ha explicado gran cosa.

El argumento que está en la base de su argumentación es claro: la cantidad moral proviene exclusivamente de la coincidencia o congruencia de la conducta del hombre con lo dispuesto en la ley, porque no existe ninguna medida supralegal. De este modo la actividad específicamente prudencial desaparece en Pufendorf. No existe cálculo de la medida: sólo hay normas o leyes, que él supone preexistentes siempre a la actuación concreta, y únicamente cabe preguntarse por la adecuación de nuestra conducta a esas normas.

(Hubo de negar la función de la naturaleza). Quedaba un último obstáculo, que era el de desconectar la naturaleza del derecho natural. Si un autor dice escribir un estudio sobre el derecho natural, ello es posible porque ese autor entiende que, de algún modo, la Naturaleza proporciona derechos y deberes a las personas a través de las 'leyes naturales'. Es decir, que la Naturaleza no es algo que simplemente 'esté ahí', para ser conocida y dominada por el hombre, sino que tiene un valor normativo para nosotros a través de sus leyes, porque un creyente entiende que la naturaleza está creada por Dios, y toda tendencia natural es expresión de un deseo del Autor de la Naturaleza. Por eso

escribía Tomás de Aquino que "El orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre".

Esta normatividad debe entenderse tanto desde el punto de vista de las tendencias más físicas como desde las realidades intelectuales, porque existen 'naturalmente' las ideas, esencias o naturalezas de cada cosa, y si el comprador ha de pagar el precio de la cosa que ha comprado, esto es y debe ser así porque la naturaleza de la compraventa exige el pago del precio; si el comprador no hubiera de pagar un precio, entonces la naturaleza de ese acto sería la de una donación (si la cosa fuera entregada gratuitamente), o la de una permuta (si la cosa fuera entregada a cambio de otra cosa). Pero si se trata de una compraventa, la estructura racional humana exige que se entregue una cosa a cambio de un precio. Pues existen las naturalezas objetivas de la compraventa, de la donación o de la permuta.

La naturaleza y sus leyes pueden ser entendidas de una forma u otra, o ambas a la vez: pero este filósofo afirma exponer derecho natural en sus libros, y mantiene al mismo tiempo que la naturaleza no tiene relevancia para regular nuestras vidas porque no nos dicta unas leyes que contengan derechos y deberes para todos. Pufendorf explica que la Naturaleza no nos presta (a través de sus leyes) como una fuerza para actuar. Si consideramos a las cosas creadas y a los seres racionales como 'contradistintos' (*contradistinctae*) de Dios, la naturaleza 'no es activa', porque el hombre no puede recibir la capacidad para obrar desde las leyes de la naturaleza: la naturaleza está 'determinada' por estas leyes y desde ellas no puede surgir ninguna capacidad o *jus* propiamente humano. Porque, del mismo modo que para los Nominales y los modernos, la naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas por necesarias, y el derecho, por el contrario, sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas para su servicio.

Es curiosa la contradicción de Pufendorf, típica por lo demás de toda esta línea jusnaturalista que toma por fundamento las 'cualidades morales' del individuo: de un lado niega que la Naturaleza proporcione ninguna cualidad moral o derecho, y de otra parte mantiene el derecho a la libertad originaria o 'natural'. Pufendorf declara que este derecho a la libertad existe porque Dios nos lo ha concedido, y que es inútil plantearse la cuestión de si este derecho 'es verdad': "Inane est distinctio illa legis naturalis, ut est praeceptum, ut est veritas".

Si niega la capacidad de la naturaleza para crear derecho y admite solamente los mandatos de Dios, él no propuso ninguna teoría sobre el Derecho natural: habló sólo del derecho divino

Una cuestión incidental: ¿Qué quiere decir cuando afirma que hemos de considerar a la naturaleza como ‘contradistinta’ de Dios?

Ésta es una radiografía de una de sus explicaciones, en la que se muestra más conciliador, seguidor de lo tradicional entonces. La otra doctrina suya es la que insiste en las esferas morales de libertad.

(Segunda versión de su teoría: persona y libertad individual) Si ha partido desde los mandatos de Dios a los hombres (los ‘entia moralia’), lo procedente sería exponer –como efectivamente él expuso la mayor parte de las veces- que el derecho natural se compone de ese conjunto de órdenes. Pero él quería innovar realzando la libertad de la persona. Un cristiano puede hablar de las personas porque el Libro del Génesis narra que “Dios creó al hombre a su imagen y semejanza”. Pero un filósofo que corta el lazo con la teología, ¿qué puede decir sobre esto?

Le era preciso negar la noción del derecho natural como compuesto por los mandatos divinos, y sustituirla por la noción de ‘persona’, que la entendía como un ser incomunicable y solitario, y desde esta base diseñar una noción del orden jurídico que enlazaba de hecho con la de los Nominales. Tenía ante sí la tarea de desarrollar la segunda parte de las doctrinas jusnaturalistas de Molina y Suárez que, junto a las naturalezas de las cosas, consideraban la libertad ‘natural’ de cada hombre. Como es patente, hubo de recurrir a contradicciones, y su problema, también literario, fue el de cómo presentar dos tesis opuestas que habían de componer aparentemente una unidad.

Para lograr este efecto, Pufendorf siguió en varios primeros momentos la noción jurídica de persona, que la presentaba como cada una de las dimensiones más importantes de cada ser humano, fijadas y reguladas ya por el derecho. Pero al llegar a un momento determinado se enfrentó directamente al problema y aclaró que la expresión ‘persona’ solamente designa al individuo aislado y libre. Los comienzos de su explicación son ambiguos: “Los entes morales, que los concebimos al modo de substancias, se dicen que constituyen personas morales”. (Ahora sí recurre a la noción de ‘sustancia’, siendo así que ha insistido en la naturaleza ‘modal’ de los entes morales).

La noción jurídica más antigua de persona entendía que esta figura constituía bien un ser humano, bien una de las dimensiones permanentes de cada hombre. Pufendorf se enfrenta directamente a este tema: "Cada persona moral –explica en un primer momento- es un hombre singular en tanto que está vinculado en un sistema por un vínculo moral, de forma que se le considere en su *status* o *munus"*. Pero en el parágrafo 15 de este capítulo rompe con cierta brusquedad con esta consideración y explica que "Pero, en realidad, las verdaderas personas morales que produce cualquier imposición son libres". (Seguimos con las contradicciones: trató de conciliar dos nociones del derecho natural: una como el conjunto de los mandatos divinos –los entes morales-, y la otra como la libertad de cada individuo, pero son unas libertades individuales que han de ser extraídas desde los mandatos de Dios: su gran problema, al que nunca contestó, era cómo extraer libertades desde las órdenes o mandatos).

Pufendorf sigue los carriles de los Nominales y mantiene que el hombre posee unas 'cualidades morales operativas' que, caso de ser activas, pueden ser llamadas *jus*, *potestas et obligatio*. La *potestas* es aquel 'modo' por el que alguien "Legítimamente y con efecto moral" puede actuar. Pufendorf introduce la palabra *legitimus* en la base de la explicación del derecho, del mismo modo que había hecho sesenta años antes Luis de Molina, y como hizo Gabriel Biel a finales del siglo XV. No es extraño que recurra a este recurso porque él mismo dedica bastante espacio a rebatir lo que se solía llamar la medición objetiva o real de la justicia; falto de un título o causa jurídica concreto, el hombre sólo puede actuar porque está *legitimado naturalmente*. Consecuentemente, la potestad sobre la propia persona y los propios actos se llama 'libertad', aunque encuentra reticencias para usar este término por las ambigüedades a que se presta. Y tal libertad debe ser entendida como "Una facultad de disponer de sí mismo y de sus actos según su propio arbitrio".

Planteadas así las cosas, la noción de ley también cambia su significado usual. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad, como dejó establecida la tradición medieval a la que siguió Hobbes. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades, la expresión ley natural es una *contradictio in terminis*. "El término derecho significa frecuentemente lo mismo que ley, especialmente cuando se lo entiende como el conjunto de las leyes; ten cuidado, no vayas a entenderlo así por ley, como cuando la ley divina ordena hacer algo: entonces no se puede hablar de derecho, sino de precepto de la ley divina". Porque el 'el

uso del habla' nos lleva a entender que sólo puede ser derecho una facultad de hacer (*jus agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad. "En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural". Es lógico que explique más adelante, ya en el volumen segundo de esta obra, que la expresión ley natural es inadecuada cuando nos queremos referir a un 'modo de actuar'(*modus agendi*); porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran 'con derecho'. La ley nada tiene que ver con el derecho, aunque hablemos de la ley natural como fundamento de nuestra actuación.

Pufendorf propone igualmente, en los mismos textos, otra noción del *jus naturale*, a saber, el derecho natural como realidad opuesta a la ley natural. Normalmente procede de la mano de Hobbes, que suele ser su interlocutor habitual: el *jus* otorga libertad, y la *lex* ha de recortar la libertad 'naturalmente' concedida por el *jus* a fin de que los hombres lleven una vida más segura y cómoda. El derecho y la ley son, pues, realidades opuestas: ésta no se deriva desde aquel, ni aquel de esta última. Él establece originariamente un 'jus permisssivum originarium' que posteriormente sería recortado *odiosamente* por la 'lex naturalis' en la medida en que lo exigieran las necesidades humanas. Estamos ante los fundamentos de la ideología política y jurídica liberal. (No era nada original: este planteamiento era típico de los Nominales de la Baja Edad Media: pero como el siglo XVII despreciaba a la Edad Media, muchos entendieron que Hobbes y Pufendorf estaban proponiendo teorías políticas y jurídicas nuevas[6]).

Planteadas así las cosas, la noción de ley no encuentra acomodo en su explicación. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad, como ya dejó establecido Hobbes y como él mismo repite. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades de libertad, la expresión ley natural es una 'contradictio in terminis'. Porque el "El uso del habla nos lleva a entender que sólo puede ser derecho o *jus*, una facultad de hacer (*jus agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad". "En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural". Es lógico que explique bastante más adelante, que la expresión ley natural es inadecuada cuando nos queremos referir a un

---

[6] . Vid. mi estudio *Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo*, en "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos" (Valparaíso) XXV (2003) págs. 341-373.

‘modus agendi’; porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran ‘con derecho’.

Afirma que sólo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada de coercibilidad. Pero esto plantea serios problemas, porque ¿desde qué instancia recibirá una cualidad moral la coercibilidad si se trata de un simple derecho ‘natural’? Y si las normas del derecho natural no disponen de coacción, ¿puede ser llamado ‘jurídico’ un orden normativo cuyo cumplimiento queda abandonado a la buena voluntad de cada cual? No es extraño que más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico. Es comprensible el problema que él mismo plantea en el L. I, cap. VII, § 15 del “De iure naturae et gentium”: estamos ante una alternativa en la que es preciso optar: porque únicamente disponemos bien del derecho natural, que no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, o bien hay que recurrir a los pactos que dan origen a las leyes. Porque el mismo Pufendorf sobreentiende continuamente que el derecho natural no es más que moral.

(Las ‘Esferas de Libertad’) Esta persona así concebida goza de una libertad, de una especie de cerco o coto de libertad en torno suyo que ha de ser entendida al modo espacial (*ad analogiam spatii*), como una facultad de hacer al modo de una ‘cualidad activa’. Es lógico que los últimos jusnaturalistas, kantianos, hablaran de ‘esferas de libertad’ (*Freiheitssphären*) para referirse a la cualidad práctica fundamental que es propia del ser humano. El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica. El autor más radical que explicó coherentemente esta tesis en el siglo XVIII fue Koehler, y ya en el siglo XIX fue Brückner, que entendía que la realidad humana estaba constituida ante todo por una *lex permissiva originaria*. Cada sujeto tiene bien asegurada esta esfera de libertad, porque esta cualidad originaria tiende a difundirse en la mayor medida posible (*est maxime velut diffusiva sui*), y está de tal modo unida a la persona que a nadie le es lícito determinar los actos de otro. La ciencia jurídica romanista distinguía, en cambio, entre la voluntad, la facultad, y el acto mismo.

Por este camino, indica Solari que la racionalidad se hizo equivalente a ‘libertad’, y esta libertad fue entendida como el derecho originario de todo hombre al libre desarrollo de sus actos. “El derecho del ciudadano -completa Solari esta idea- es entendido abstractamente, como puro y simple derecho, independientemente de

cualquier concepto de deber. Porque el derecho ya no es la expresión de una norma objetiva de conducta, sino sólo la expresión subjetiva del querer". Esto es, según explicaba unos años después Adam Smith, el derecho según Pufendorf consiste en conjunto de libertades o derechos que competen a todos los seres humanos, tales como el derecho a ejercer libremente el comercio, al uso del propio cuerpo, a casarse, etc. Al ser un derecho que no depende de ninguna ley preexistente, sino que deriva directamente de la personalidad de cada sujeto, recibió el nombre de *qualitas moralis* (cualidad moral).

Tenemos, de este modo, como una tríada inicial que irá indisolublemente ligada a la sustancia misma del pensamiento jurídico moderno: la noción de cualidad moral activa, a la que se añade la de *expansión ad analogiam spatii* dando lugar a la representación geométrica de una esfera de libertad, y que es completada por la negación de la doctrina tradicional de la causa o título: en su lugar entra el término legítimo, con todos sus derivados adverbiales. Esta cualidad moral activa no la entiende al modo de un simple derecho moral: más bien entiende que es un derecho ya adquirido. El derecho es, pues, en su sentido más exacto, una cualidad activa que permite exigir algo de otro.

Afirma que sólo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada de coercibilidad. Pero como el derecho natural, que es el derecho del hombre aislado en el estado de naturaleza, no es coercible, no fue extraño que más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico.

§ 23. El siglo del Iluminismo.

El materialismo de Hobbes estalló en el Iluminismo en varias lenguas. Los alemanes no podían mantenerlo abiertamente porque la censura del Káiser estaba atenta. El materialismo de Thomasius y Gundling fue tácito, y tácitamente aceptado. Las obras jurídicas de Christian Wolff influyeron de forma desigual según los ambientes, porque no fueron ni originales ni radicales. Wolff también prescindió de Dios, aunque al final de cada capítulo o parágrafo suele hacer una declaración de estilo en la que indica que lo que él expone es obligatorio porque, además, lo ordena Dios. Este materialismo sí fue profesado abierta y beligerantemente por Helvetius o d'Holbach, quienes, influidos por Locke, influyeron a su vez sobre los ingleses. Voltaire era considerado el embajador de

la mentalidad cientifista y observacionista inglesa en París. La situación no dejó de tener ribetes confusos, porque el nuevo espíritu científico se movía según la mecánica de Descartes y las reglas de Newton[7] (una mixtura por sí confusa), y aunque Isaac Newton publicó un extenso apéndice a la segunda edición de sus "Principios", que consistía en un tratado de Teología natural en el que explicaba que el método de los físicos no prejuzgaba nada sobre temas teológicos, el nuevo método científico fue deificado como el único cauce epistemológico posible para captar la única ley de causa-efecto que movía el Todo universal. Esta fe en la única Máquina movida por una sola fuerza que operaba siempre en la misma dirección con una energía de una sola naturaleza debió contribuir notablemente a aceptar el postulado del *Principium unicum y evidens* en que se asentó la mentalidad jusnaturalista del momento. La aplicación de los patrones mecánico-geométricos (no en vano el derecho natural moderno fue llamado 'mos geometricus') al diseño de la sociedad racional se nos muestra en la tendencia constante de proceder desde el punto a la línea, de la línea a la extensión, desde ésta a la figura. Todo ello mediante cálculos de naturaleza aritmética.

Europa no estuvo siempre a la altura de las exigencias filosóficas que planteaba el nuevo materialismo. Los discípulos de Descartes, ridiculizados por el prestigio de las mentalidades que rodeaban a Newton, que insistían en la inducción científica, siguieron con sus síntesis deductivas, y frente al espíritu inductivista y sensista que ascendía imparablemente, ellos opusieron métodos axiomático-deductivos que partían desde las

---

[7] . La ciencia experimental tardó paso en abrirse camino, y no triunfó sino hasta el siglo XIX, bajo las presiones de David Hume. Hasta entonces, Randall nos informa que "Todavía la nueva ciencia (se refiere al siglo XVIII) no había inducido a los hombres a abandonar el ideal aristotélico de un cuerpo de conocimientos que pudiera ser deductivo, universal e infalible: Un gran sistema lógico ... Es característico del ideal científico del siglo XVIII el hecho de que, por mucho que se atendiese a la experiencia, al sugerir estos axiomas y formular las leyes específicas que gobiernan los fenómenos, no se consideraba que una ley se había establecido de modo concluyente hasta haberla podido introducir en el gran sistema deductivo y universal. Encantados por la física Matemática triunfante, los hombres se volvieron optimistas y creyeron que una ciencia tan completa e infalible pronto agotaría toda experimentación y podría progresar sin recurrir para nada a la experiencia ... El racionalismo de tipo geométrico fue el método intelectual que halló eco popular en la Edad de la razón". *La formación del pensamiento moderno*, cit., pág. 267.

Fueron espíritus 'experimentadores', sin tanta confianza en las virtualidades de la razón que deducía desde las verdades innatas o experimentadas, Voltaire, Lamarck, Saint-Hilaire, Buffon, Linneo, Cavendisch, Lavoisier, por citar algunos conocidos. La pugna entre el método experimental y el método *more cartesiano* axiomático-deductivo llegó ampliamente hasta el siglo XIX que, bajo la influencia de la crítica de David Hume fundamentalmente, no se convenció de que todo fenómeno puede tener su contrario, y que solamente por la experiencia aprendemos que el agua moja y que el fuego quema. En opinión de Randall, fue Newton el que anticipadamente estableció la concordancia de ambos métodos, reconociendo la relativa parte de corrección de cada uno. Vid. *La formación del pensamiento moderno*, cit., págs. 269-271.

primeras ideas conocidas directamente ‘en’ la esencia divina: tal fue el caso de Malebranche, Shaftesbury o Berkeley. Marin Mersenne requeriría de un estudio especial. El atomismo sensista y asociacionista atacó todo el método cartesiano negando las ideas innatas, entre las que incluía no solamente esas primeras ideas evidentes de Descartes, sino cualquier referencia a la conciencia moral del ser humano: por ironías de la historia, los excesos cartesianos llevaron al desprestigio de cualquier conciencia moral, que ahora necesitaba ser sustituida por construcciones racionalistas que partían normalmente desde los individuos aislados. Lord Shaftesbury alegó, frente a este atomismo asociacionista, la existencia de un *moral sense* que no funcionaba asentado físicamente en algún sentido. Pero el *moral sense* de Shaftesbury era demasiado dependiente de Descartes y sobre todo de Malebranche como para ser aceptado por una persona de *common sense*.

(El grupo conservador) Indiqué que los creyentes se agruparon en torno al “De jure belli ac pacis” de Grocio. Todos sabían que ya había ateos a comienzos del siglo XVII, pero durante todo este siglo, y durante la mayor parte del siglo siguiente, el ateísmo siguió siendo considerado un delito en la mayor parte de las Monarquías europeas. Ante este problema, los autores de la Escuela Moderna del Derecho Natural que no eran creyentes buscaron una señal distintiva de su identidad, y la encontraron tanto en el rechazo del orden metafísico inmutable que habían propuesto los últimos escolásticos españoles como en la negación del deber de cumplir el derecho. Esta referencia a la negación de lo que usualmente se llama ‘el deber jurídico’ requiere una breve aclaración.

El deber es una de las realidades máximamente metafísicas de la vida humana, de forma que quien se declare nominalista no puede aceptar su existencia. Pero ningún autor del siglo XVII se atrevió a mantener expresamente que no existe el deber de obedecer a las leyes. Este tema lo he estudiado en dos trabajos, uno sobre la negación del deber que fue la usual en este tiempo, y otro sobre el surgimiento de la categoría de la imputación. Los teóricos no creyentes afirmaron colectivamente en este tiempo que existe el deber de obedecer a las leyes cuando la ley prevé una pena para el caso de su incumplimiento. Pero los creyentes les argumentaron que no existe el deber porque se prevé una pena, sino que la pena se impone sólo cuando se ha incumplido el deber. Importaron poco los razonamientos: lo cierto es que triunfó la mentalidad

secularizadora en la Edad Moderna, y hasta finales del siglo XX han negado la existencia del deber jurídico como una vinculación en conciencia.

Pero esta explicación materialista del deber era aún demasiado rudimentaria porque no explicaba cómo o porqué se aplicaba una pena al infractor de la ley. Las leyes más elementales, como son las penales, han de suponer una *culpa* propiamente moral en la persona enjuiciada, pues nadie ha mantenido que se puede castigar al inocente. La solución a este problema la proporcionó Christian Thomasius cuando rehabilitó la figura de la imputación. Thomasius explicó que las nociones de culpa y mérito que usaban los escolásticos eran demasiado complicadas, ya que distinguían entre mérito 'congruo', 'de condigno', etc. Era más sencillo y preciso seguir la forma de proceder de los comerciantes quienes determinaban quienes eran sus deudores simplemente mediante anotaciones en sus libros de cuenta. Si alguien 'constaba en cuenta' por algo, *zur Rechnung halten*, debía lo indicado en el libro. Era mejor prescindir de la noción de culpa y sustituirla por la de *Zur Rechnung* o *imputatio*. La noción de imputación era medieval, pero servía para indicar que se le imputaba algo a alguien que lo hubiera merecido. Thomasius propuso, por el contrario, esta especie de responsabilidad objetiva al estilo comercial, y obtuvo un éxito inmediato y universal. Desde entonces, la imputatio se designa en lengua alemana también como *Zurechnung*. La explicación progresista quedó más clara: se imputa a alguien lo previsto en la norma si esa persona cumple lo previsto en la ley. El uso del término imputación hizo superfluo de hecho, al de deber: desde el siglo XVIII hasta finales del siglo XX, el tratamiento doctrinal del deber jurídico ha estado ausente en la mayor gran parte de los libros de Filosofía o Teoría del derecho.

Por el contrario, los creyentes mantuvieron la existencia de un verdadero deber para estar en condiciones humanas de exigir lo previsto en el derecho. ¿Quienes fueron estos jusnaturalistas conservadores? Los podemos encontrar en la tabla de autores que reproduje antes; a éstos habría que añadir otros que no constan ahí, pero no parece pertinente ocuparnos ahora de ellos, ya que compusieron una vía muerta de la historia que fue superada en poco tiempo por la corriente de los contractualistas y de los materialistas. Triunfó la doctrina nominal, abanderada ahora por Pufendorf, sobre la *Qualitas moralis libertatis*, sobre los hombres independientes y libres en el estado de naturaleza, los contratos sociales, etc. En esta línea de pensamiento, autores como Nicolás Jerónimo Gundling, Henricus Koehler o Georg Joachim Daries fueron

extraordinariamente influyentes. El materialista más conocido de Alemania fue Christian Thomasius que tuvo, sin embargo, la habilidad de hacerse pasar como un auténtico jusnaturalista en los ambientes de la nobleza prusiana. Pero la historia es siempre complicada, y la idea del derecho natural como un código detallado compuesto por verdades racionales permaneció con cierta firmeza. Quién más se distinguió, en la etapa iluminista, en esta doctrina fue Christian Wolff, que publicó ocho volúmenes sobre el Derecho Natural y de Gentes. Durante la segunda mitad del siglo XVIII los conservadores volvieron a ganar terreno en los territorios alemanes, y fueron publicadas las obras de G. Achenwall, A. G. Baumgarten, L. J. Fr. Höpfner o B. C. Fr. Schott.

En los ambientes de la Isla, algunos ingleses se sumaron al movimiento revolucionario, y tal fue el caso de Paine, Tyndal o Priestley. Frente a ellos reaccionaron los ideólogos conservadores, como fue el caso de Edmund Burke, a quien siempre se le puede reprochar –como en general a los legitimistas- que no supo apreciar lo que había de positivo en los movimientos revolucionarios, y este mismo juicio merecen los empeños de De Bonald, De Maistre, Adam Müller o Ludwig von Haller: basta leer los comentarios desdeñosos de Hegel en su “Filosofía del derecho” contra este último legitimista alemán. Estos teóricos quisieron volver al pasado por el pasado mismo, pretendiendo una especie de justicia o necesidad inmanente en lo que ya había sido, y no realizaron reflexiones propiamente jurídicas, pues en aquellos momentos todo el derecho parecía diluido en consideraciones políticas a favor o en contra de los cambios recientes.

Lo realmente interesante en la literatura de lengua inglesa (sería más preciso decir escocesa) del siglo XVIII no fueron las obras revolucionarias ni las contrarrevolucionarias, sino las reflexiones sobre la ética y el derecho. Porque rara vez ha habido en la historia una secuencia de teóricos del derecho y de la ética con más sentido de la realidad, formación jurídica y buen escribir. Lord Shaftesbury, Lord Kames, David Fordyce, James Beattie, Adam Ferguson, Francis Hutchenson, compusieron la mejor reflexión ético-jurídica que podemos encontrar en Europa durante la Edad Moderna. En un plano más propiamente jurídico, su talante fue continuado en el siglo XIX por James Lorimer y John M. Lightwood, a los que hay que añadir muchas páginas del siempre complejo John Austin.

(El individualismo jurídico-político) No estamos siempre ante corrientes que podamos señalar distintamente, porque unas y otras tienen elementos propios pero también comunes, y si se diferencian desde unos puntos de vista, se asemejan desde otros respectos. Desde luego, el gran triunfador, de hecho, del derecho natural moderno fue la categoría del 'estado de naturaleza', que hizo posible concebir imaginativamente un hombre aislado y autónomo proporcionando así la palanca para remover la sociedad política existente hasta entonces. Esta figura fue rechazada por los materialistas franceses y los conservadores ingleses, aquellos en nombre del Todo universal en el que no existe ningún movimiento independiente, y éstos en nombre de la ciencia del derecho y de la artificiosidad de suponer un hombre aislado en un 'estado' inexistente. Pero la Edad Moderna está asociada a este recurso hermenéutico, e incluso los autores que, como J. J. Rousseau, se situaron en las antípodas de la Ilustración, la hubieron de adoptar para ser leídos. Se produjo un chantaje histórico más: o individualismo ético-político apoyado en los derechos naturales del hombre, o una actitud monárquica y antirrepublicana que hablaba de una ley natural eterna e inmutable que fundamentaba el derecho divino de los reyes: no hubo *media via*, y quienes quisieron hacer comprender la relativa razón de unos y otros acabaron incomprendidos, como fue el caso de Jaime Balmes en España.

Desde la primera actitud se hicieron las revoluciones, en nombre del derecho natural, esto es, de los derechos del Hombre, y como la dinámica revolucionaria prescindió de sus padres, porque al hacer realidad las exigencias jusnaturalistas de la generación anterior se situó ella en el lugar de toda la historia, el derecho natural revolucionario se consumió a sí mismo, de modo que acabó en la letra de las leyes dictadas por la Revolución y el Code Napoleón. Estas nuevas leyes (que ya no eran llamadas Ordenanzas ni Pragmáticas, sino que se arrogaron sin discriminación de contenidos el nombre de *leges civiles*) se impusieron por la fuerza del Estado, y el movimiento de los derechos del hombre fue sustituido tendencialmente a lo largo del siglo XIX por el Estado fuerte de Rousseau[8]. Frente a un Estado que ordenaba de arriba

---

[8] . La reflexión político-jurídica anterior a la Modernidad había constituido una "filosofía de las substancias", como la hubiera llamado Hegel, porque entendía que cada hombre y grupo tenía su bien, y existía además un bien o interés específicamente social. De ahí el criterio del Bien Común. Ni aquellos bienes individuales anulaban el bien común, ni éste a aquellos. Rousseau quiso cortar con esta dicotomía en la que el hombre se hallaba escindido cuando consideraba dos criterios posiblemente distintos para su conducta, el personal y el general, y estableció que la inteligencia o racionalidad era más asunto de la especie que no del individuo. Por ello, el bien de la comunidad es 'el' del hombre, que no dispone de otro criterio moral que de la *volonté générale*.

a bajo, como si toda la vida humana fuera cuestión de orden militar, los que no lo aceptaban opusieron la ley natural inmutable. Así, aquella variante nueva que apareció en su día en las manos de los últimos escolásticos españoles que hablaban de las naturalezas inmutables de las cosas, se prolongó a través de Hugo Grocio y de la polémica contra el nominalismo de Samuel Pufendorf, en las manos de Mevius, Alberti, Ziegler, Veltheim y otros. Esta interpretación del derecho natural fue la recogida por los católicos del siglo XVIII que trataron el derecho natural, y éste fue el caso de Ignatius Schwarz, Anselm Desing o Juan Francisco Finetti, para los que el origen directamente divino de la ley natural era un dato incuestionable. Ésta es la doctrina del derecho natural que ha llegado al siglo XX.

§ 24. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Es todo un problema opinar sobre la obra política de este ciudadano de Ginebra, porque es irreductible a las doctrinas que hemos estudiado hasta ahora. Ha sido uno de lo grandes clásicos de la lengua francesa, y el vigor de su estilo presta a sus ideas una fuerza muy singular. Muestra en sus obras un espíritu fuerte que desprecia las convenciones sociales y ama ante todo al hombre. Una de sus claves es su patriotismo, y sin él poco entenderemos de su obra. Las virtudes castrenses, tales como la sobriedad, la disciplina o el valor se ven premiadas entre sus manos, ya que él es un *républicain* más cerca de Alejandro Magno o Catón que no de Juvenal o Terencio: a estos últimos los desprecia, como muestra reiteradamente en su extensa "Carta de d'Alembert".

Él se inserta en una corriente típica del Iluminismo francés, que rechaza de plano la época que le ha tocado vivir, a la que considera humanamente miserable, y propone una rehabilitación pública de toda la sociedad, desde la sociedad entera, esto es, uniformemente. Pues, a diferencia de los jusnaturalistas más individualistas, que proponían defender los derechos personales de cada uno como remedio de los males, y también a diferencia de los que proponían doctrinas morales para que los más ilustrados reformaran a los menos inteligentes, la Francia del siglo XVIII asiste al nacimiento de un modo de pensar que tiene en cuenta el conjunto, entendido uniforme, de toda la sociedad, y recurre a una mística *volonté générale* que ha de regenerarnos. Esta forma de sentir más que de pensar la reconocemos en el círculo de la Enciclopedia, y también en su primer director, D'Alembert, y en algunos materialistas como D'Holbach y

Helvetius. El problema era cómo crear esa voluntad general para que cumpliera esta función.

(La degeneración del hombre) El sector progresista de los filósofos franceses del siglo XVIII se encontraba profundamente decepcionado. La corte de Versalles ofrecía un manierismo que ante todo mostraba una clase aristocrática sin función social pero viviendo de privilegios obsoletos, mientras las teorías de los derechos individuales, centradas en el derecho a la libertad, chocaban con las obras rancias de Bossuet y Fénelon.

La Academia de Dijon había convocado un concurso público para presentar obras que estudiaran si el avance de las artes y las ciencias había contribuido al progreso propiamente humano. Rousseau concurrió a este concurso con su "Discours sur les sciences et les arts". A tenor de lo que expone en él, su visión de la sociedad en la que vive es francamente pesimista: no encuentra una cultura que forme hombres en el sentido noble de esta palabra. Todos se esconden tras su máscara de propietario, de aristócrata, de los empleos públicos. La cultura nos ha traído educación, *politesse*, pero el gran público ha caído en una uniformidad mediocre en la que todos siguen la costumbre o la moda, jamás su propio genio. ¡Qué acompañamiento de vicios los siguen! No hay amigos sinceros, ni estima verdadera, ni confianza. La sospecha, la frialdad, el miedo, la traición se esconden tras este velo uniforme y pérfido de *politesse*. "Así es como hemos llegado a ser gente de bien". El desarrollo de las ciencias y las artes han tenido un efecto depravador, y nuestras almas se han corrompido a medida que ellas avanzaban hacia su perfección.

La desigualdad reina por todas partes, y no es una falta de igualdad basada en las dotes naturales, sino puramente artificial. ¿Cuál debe ser nuestro criterio para orientarnos en medio de esta locura? Haría falta prescindir de lo artificioso para volver a lo natural, esto es, al estado de naturaleza. Pero, ¿qué filósofo ha sabido llevarnos hasta este estado? Ninguno. Ante todo, hay que denunciar la propiedad privada: el primero que cercó un terreno y dijo "Esto es mío" fue el verdadero fundador de la sociedad actual, con los crímenes, guerras, miserias y horrores que han caído sobre el género humano. Hubiera hecho falta alguien que hubiera dicho: "Guardaros de este impostor", pero no lo ha habido. El derecho de propiedad fue el primer cimiento de la sociedad, la magistratura el segundo, y el cambio del poder legítimo en poder arbitrario, el tercero.

Vemos cómo la opresión crece continuamente, y cómo crece también toda una clase oprimida que aumenta sin cesar y que, aunque toma precauciones, no sabe qué medio usar para acabar con este estado. No hay costumbres virtuosas, y como reina el despotismo, *cui ex honesto nulla est spes*, la multitud ya no soporta a nadie. No hay probidad, ni sentido del deber, y la obediencia más ciega es la única virtud que les queda a los esclavos. Aquí es donde todos nos volvemos iguales, porque no somos nada. El hombre social se ha perdido a sí mismo: porque el esclavo vive para él, pero el ciudadano vive para los demás, porque existe en la opinión de los otros, sin libertad de espíritu. Como indica al comienzo del "Du contrat social", "El hombre ha nacido libre, pero por todas partes está encadenado". Es preciso analizar las circunstancias que han perfeccionado la razón humana deteriorando la especie, volviéndonos sociales pero *méchants*.

(¿Qué es la razón moral?) Ésta es la pregunta más urgente, pero es también la más descuidada, pues los filósofos se entregan a sus juegos metafísicos, que nadie comprende. Es preciso volver a considerar qué es la naturaleza del hombre, esto es, qué es el hombre en el estado de naturaleza, aunque éste es un estado que probablemente no ha existido ni existirá jamás. Pero esta inexistencia no es un problema, porque se trata de hacer arrancar los razonamientos desde simples hipótesis que sean adecuadas para esclarecer la naturaleza de las cosas y su origen, del tipo de las que emplean los físicos para estudiar la formación del mundo.

Despojando al hombre de todos los dones sobrenaturales que ha podido recibir y de todas las facultades artificiales que ha podido adquirir en el curso del tiempo, en una palabra, viéndolo como salió de las manos de la naturaleza, él ve un animal menos fuerte que otros, menos ágil, pero mejor organizado que los demás. Hobbes mantenía que el hombre es naturalmente agresivo, apto para atacar y combatir; por el contrario, Cumberland y Pufendorf han mantenido que es uno de los seres más tímidos de la naturaleza, asustado ante cualquier ruido. Desde luego, sí es cierto que, conforme avanzó la sociedad, se hizo esclavo, y devino débil y tímido, y la manera de vivir cómoda y afeminada acabó de privarle de su fuerza y coraje. Es un animal que tiene ideas, puesto que recibe sensaciones, y es capaz de combinar sus ideas hasta cierto punto: en esto no difiere de los animales, y algunos filósofos han mantenido que hay más diferencia entre un hombre y otro, que entre un hombre y un animal: bastaría

exponer las investigaciones publicadas por el Abbé de Condillac para entender este tema. Pero, desgraciadamente, nuestros filósofos hablan de materia, espíritu, sustancia, modo, figura, movimiento, que son palabras que representan ideas puramente metafísicas, que no encuentran ningún modelo en la naturaleza.

En el estado de naturaleza, los hombres se mueven con indiferencia los unos hacia los otros. Es difícil imaginar por qué, en este estado primitivo, un hombre habría tenido necesidad de otro hombre: ¿Acaso los monos requieren de sus semejantes? Ni, supuesta la hipótesis de una necesidad, podemos entender qué llevó a uno a cooperar con otro ni en qué términos se pusieron de acuerdo. Porque en el estado de naturaleza, los hombres carecen de conciencia moral, por lo que no tienen idea del deber, y no pueden ser buenos o malos, por lo que no tenían vicios ni virtudes, a no ser que tomemos estas palabras en un sentido físico. Solamente cuando comenzó la sociedad y las relaciones ya establecidas entre los hombres exigieron de ellos cualidades diferentes de las que tenían en su constitución primitiva, la moralidad comenzó a introducirse en las relaciones humanas. No puede estar de acuerdo con Hobbes cuando éste afirma que, al no existir idea del bien y del mal, el hombre es naturalmente malo, porque en el estado de naturaleza el hombre no puede ser un vicioso, porque no conoce la virtud. Hobbes ha visto bien los fallos de las explicaciones anteriores sobre el derecho natural, pero ha sacado conclusiones equivocadas. En este estado no tenían relaciones mutuas, y no conocían la vanidad, ni la estima, ni el desprecio, ni la menor noción de lo tuyo y lo mío, como, en general, no poseían ninguna idea sobre la justicia. Vagando por los bosques, sin lenguaje, sin casa, sin guerras ni relaciones, sin necesidad de sus semejantes, como tampoco sin deseos de hacerles daño, puede que incluso sin reconocer a los otros individualmente, el hombre salvaje, sometido a pocas pasiones y bastándose a sí mismo, no disponía más que de la inteligencia propia de este estado.

En realidad, sucedía que no existía el derecho de propiedad y, como expresa el sabio Locke, donde no hay propiedad no hay injuria. La sociedad comenzó con el establecimiento de las propiedades, y en cuanto el hombre cayó en la cuenta que era útil tener provisiones, la igualdad desapareció, la propiedad se introdujo, el trabajo se hizo necesario, grandes bosques se transformaron en campos de cultivo, y pronto creció la esclavitud y la miseria. La metalurgia y la agricultura fueron las dos artes cuya invención produjo esta revolución. Para el poeta, fueron el oro y la plata; para el filósofo, el hierro y el trigo. Es un absurdo mantener que la sociedad se creó mediante la

prolongación del poder paternal. Este derecho, del mismo modo que todos los derechos, no es la causa de la sociedad, sino su consecuencia. En esta sucesión de acontecimientos aparecieron infinidad de problemas morales que los filósofos no supieron resolver. Más bien ha sucedido que el género humano de una edad no es el género humano posterior, porque el alma y las pasiones humanas se han alterado de forma desapercibida, y el hombre ha cambiado, por así decir, de naturaleza.

¿Qué hacer ante estado de cosas? Dejando de lado los libros científicos, que nos enseñan los hombres tal como son ahora, y meditando sobre las operaciones primeras y más simples del alma humana, Rousseau encuentra dos principios anteriores a la razón: uno que se refiere al bienestar y a la conservación de nosotros mismos, y otro que inspira una repugnancia natural por ver morir o sufrir a cualquier ser sensible y, sobre todo, a nuestros semejantes. Nuestro espíritu combina estos principios, sin que sea necesario hacer entrar el de la sociabilidad, y desde ellos resultan todas las reglas del derecho natural, unas reglas que la razón debe someter inmediatamente a otros fundamentos cuando, por acontecimientos sucesivos, el hombre ahoga la voz de la naturaleza.

(La sociedad moral y política) Es precisa una advertencia previa: Rousseau no tiene en cuenta tanto al individuo como al género humano en su conjunto, pues la moralidad y con ella la juridicidad, no son asuntos personales, sino colectivos. No se trata de que desconozca al individuo, sino que el individuo es tal por referencia a la comunidad, de la que recibe su eticidad y sus derechos.

El hilo conductor de su obra política es la reivindicación de la libertad humana, esto es, de todos. Su gran enemigo no es Hobbes, sino Hugo Grocio, al que siempre se refiere en tono despectivo, porque –según él- Grocio no hizo de la libertad el factor sistemático de toda la teoría jusnaturalista, sino que dio por buenos también los regímenes despóticos, ya que –y esto es bien conocido- el holandés se remitió a “Quod accidere potest” en el momento de determinar el régimen político de cada nación. Además, Grocio tampoco condenó la esclavitud, lo que es lógico –según Rousseau- en una persona que establece el derecho por el hecho. Rousseau pretende apartarse de los hechos, y ya hemos visto cómo condena la situación política, moral y social en la que vive. Él quiere establecer una teoría ideal sobre la legislación (aunque no usa expresamente estas palabras), del tipo –añadimos nosotros- de la actual de John Rawls,

aunque ha de ser una teoría operativa, sin esas cargas metafísicas que él condena en los autores del derecho natural. “Yo quiero buscar si puede haber en el orden civil alguna regla de administración legítima y segura, que tome a los hombres tal como son y a las leyes tal como deben ser. Trataré de aliar siempre, en esta búsqueda, lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, para que la justicia y la utilidad no se encuentren separadas”. Estos principios que yo expongo –escribe Rousseau- no son los de Grocio; no están fundados sobre la autoridad de los poetas, sino que se derivan desde la naturaleza de las cosas, y están fundamentados en la razón.

Quiere encontrar unas *leyes fundamentales* que aseguren la rectitud del gobierno, de modo que, si son destruidas, los magistrados dejen de ser legítimos y el pueblo será libre frente a ellos, y volverá a su libertad natural. Algunos jusnaturalistas, como Burlamachi (unos de los pocos autores al que Rousseau cita amigablemente), entendían que, por derecho natural, ha de gobernar el más fuerte. Rousseau replica a esta mentalidad que “El más fuerte no será nunca lo suficientemente fuerte como para el gobernante si no transforma su fuerza en derecho, y la obediencia en deber. De ahí surge el derecho del más fuerte; derecho tomado irónicamente en apariencia y realmente establecido por principio. Pero, ¿cómo explicaremos esta idea? La fuerza es una potencia física, y yo no veo qué moralidad puede resultar desde ella. Ceder ante la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; todo lo más es un acto de prudencia. ¿Cómo podrá convertirse en un deber?”. Porque hay una gran diferencia entre someter una multitud y gobernar una sociedad.

Establece su declaración programática más ilustrativa en el capítulo VI del libro I del “Du contrat social”: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sin embargo más que sí mismo, y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que ‘El contrato social’ da solución”. Las cláusulas del contrato social están determinadas de tal forma por la naturaleza del acto, que la menor modificación las volvería vanas y sin valor. De forma que, aunque ellas no hayan podido ser enunciadas nunca formalmente, están tácitamente admitidas y reconocidas por todas partes. El propósito de Rousseau es sacar a la luz pública, en letras de imprenta, lo que todo el mundo, o la mejor parte de él, piensa y siente, aunque quizá no sabe expresarlo con palabras.

Las relaciones de jerarquización y subordinación que necesariamente han de existir en cualquier sociedad, hace difícil hablar de la libertad de los ciudadanos, al menos en el sentido vulgar de la palabra. Él nos dice: “Yo hubiera querido vivir y morir libre, es decir, sometido de tal forma a las leyes, que ni yo ni nadie pueda sacudir el honroso yugo, este yugo saludable y dulce, que las cabezas más orgullosas llevan dócilmente que las que están hechas para no llevar ninguno”. Quiere que el derecho a legislar sea común a todos los ciudadanos, pues ellos son los que mejor saben lo que les conviene. Como es fácil advertir nos está proponiendo una noción de libertad que consiste ante todo en la igualdad ante las leyes. Pero, precisamente, el problema reside en cómo fundamentar esta igualdad, y para esclarecerlo escribe sobre las condiciones del contrato social: “Estas cláusulas, bien entendidas, se reducen todas a una sola, a saber, a la alienación total de cada asociado con todos sus derechos, a toda la comunidad: pues, al entregarse cada uno por entero, la condición es igual para todos; y si es igual para todos, nadie tendrá interés en volverla más gravosa para los otros”. Además, si la alienación se hace sin reservas, la unión es tan perfecta como pueda ser, y ningún asociado tiene derecho a reclamar. Esta unión completa hace que toda la sociedad sea un solo cuerpo, de forma que no se puede atacar a un solo de sus miembros sin atacar a todo el cuerpo, y, al revés, no se puede ofender al cuerpo social sin atacar al mismo tiempo a todos sus integrantes. Así, el deber y el interés obligan a todas las partes contratantes a ayudarse mutuamente. Porque en el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad civil se produce en el hombre un cambio muy importante: la justicia sustituye al instinto en su conducta, y da a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. “Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar: lo que el hombre pierde por el contrato social, es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y le puede atraer; lo que él gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee”.

Pero el problema de la justicia de las leyes aún no está resuelto, porque la experiencia demuestra que los votantes venden frecuentemente sus votos, tal como enseñaba especialmente la experiencia inglesa de aquel tiempo. Distingue por ello entre la *volonté de tous* y la *volonté générale*: La ‘volonté de tous’ es la expresada efectivamente en las votaciones, que puede ser una voluntad moralmente mala, y por ello injusta, porque no está atenta al interés general, sino al interés de un grupo de la sociedad. Por el contrario, “Se sigue de todo lo anterior que la *volonté générale* es

siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública: pero las deliberaciones del pueblo no tienen la misma rectitud. Siempre quiere su bien, pero no siempre lo ve; jamás se corrompe al pueblo, pero con frecuencia se le engaña". La diferencia entre la voluntad general y la voluntad de todos está en que la voluntad general únicamente atiende al interés común, y la voluntad de todos al interés privado: "Pero si restamos de estas voluntades el más y el menos, que se destruyen entre ellos, nos queda como suma de las diferencias la voluntad general". Rousseau intuye que si eliminamos, como restando aritméticamente, los intereses contrapuestos, resultará automáticamente la verdadera voluntad humana, que es el interés que todos tienen en común. Pero esto no es fácil: para alcanzarlo es preciso que el pueblo delibere suficientemente, que los ciudadanos no tengan comunicación entre ellos (para impedir la formación de grupos de presión o sociedades intermedias), y entonces resultará la voluntad general. El gran peligro son las asociaciones parciales (*des assotiations parcielles*) que destruyen el interés común para imponer el de su grupo.

Esta completa homogeneidad que Rousseau requiere entre todos los ciudadanos es la única garantía de la justicia. Hace juegos de palabras para mostrar como la voluntad general, precisamente por ser general, no puede tender hacia algún interés particular. "Por cualquier lado que nos remontemos al principio, llegamos siempre a la misma conclusión: el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que todos ellos se comprometen bajo las mismas condiciones y gozan de los mismos derechos". Carl Schmitt reparaba en la homogeneidad social y humana que está en la base de la doctrina de Rousseau. El hecho de que las leyes obliguen a todos por igual (una consecuencia de la homogeneidad del cuerpo social), hace que las leyes sean realmente efectivas, pues nadie duda -escribe Rousseau- de que existe una justicia basada en la naturaleza de las cosas e independiente de toda convención humana; pero si nosotros la supiéramos recibir de Dios no harían falta ni gobierno ni leyes. Sin duda existe una justicia universal emanada de la razón pura, pero esta justicia, para ser admitida por nosotros, debe ser recíproca; pues faltas de sanción, las leyes son inútiles entre los hombres, y sólo originarán el bien del sinvergüenza y el mal del bueno, pues las personas buenas observarán esta ley con todos, y nadie las observará con ellas.

A partir del capítulo VI del libro II del "Du contrat social" Rousseau se va dejando llevar por lo que podríamos llamar la mística de la *volonté générale,* pues reitera que "La voluntad general es siempre justa, aunque el juicio que la guía no

siempre está iluminado. Es preciso ver las cosas tal como ellas son, y a veces, tal como ellas deben parecer. Es preciso mostrarle a la voluntad general el buen camino que ellas busca, garantizarla frente a las seducciones de las voluntades particulares”. ¿Qué sucede si prevalecen los intereses particulares? “¿Se sigue de ello que la voluntad ha sido aniquilada o corrompida? No: ella es siempre constante, inalterable y pura; pero está subordinada a otras voluntades que pueden con ella”. Trata a la voluntad general como si fuera una persona o una cosa. Ella es “La voluntad constante del Estado”, por ella los ciudadanos son libres. De hecho, cuando se propone una ley en la asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es si la aprueban o la rechazan, sino si ella es conforme o no con la voluntad general. Cuando prevalezca una opinión contraria a la mía, esto sólo prueba que me había equivocado, y que lo que yo estimaba ser la voluntad general no lo era.

Realmente, ¿es posible separar la voluntad manifestada de hecho de una voluntad –por así decir- ideal? Rousseau inaugura la tendencia, que parece más propia del siglo XX, de oponer una voluntad o acuerdo ideal o contrafáctico a la voluntad manifestada empíricamente. Aquella ‘voluntad’ ideal e infalible se conseguiría privando a las voluntades realmente existentes de todo lo que poseen de parcial, esto es, no orientado al bien de la totalidad, por lo que su ética procedimental consistiría en una substracción continua hasta dar con la verdad adelgazada que es común a todos. Aparentemente estamos ante una versión renovada de la vieja teoría escolástica del bien común, pero no es así en este caso, porque Rousseau parece empeñado en exigir la inexistencia práctica o moral de los individuos: para él la inteligencia moral únicamente aparece en la sociedad, una vez concluido el contrato social, y antes no existe el *intellectus*: éste sería solamente un correlato del bien social. Y si le es duro afirmar la inexistencia de las personas en cuanto tales, más difícil le resultó caracterizar adecuadamente a la mística *volonté générale*. De hecho, su “Du contrat social” acaba con un canto apasionado a favor de la obediencia al Estado.

La religión puede ser un gran obstáculo para esta completa unión social. Los antiguos paganos tuvieron sus propios dioses, distintos en cada pueblo, y esta unidad religiosa era un gran factor de cohesión social. Ellos temían a los cristianos (y de ahí las persecuciones) porque los cristianos proclamaban una verdad absoluta, y su miedo estaba justificado: “Lo que los paganos temían ha llegado. Todo ha cambiado de cara; los hombres cristianos han cambiado de lenguaje y pronto se ha visto cómo este

pretendido reino de otro mundo se ha vuelto, bajo un jefe visible, el más violento despotismo". El único autor cristiano que ha sabido resolver este problema ha sido Hobbes, que vio el remedio: reunir las dos cabezas del águila en una misma unidad política, sin la que un Estado nunca estará bien constituido. Porque la religión puede ser general o particular, esto es, la religión del hombre, o la del ciudadano. La primera existe sin templos, sin altares, sin ritos, limitada al culto puramente interior y a los deberes eternos de la moral. La otra religión, que es la propia de cada país, tiene sus propios dioses tutelares, y sus dogmas, sus ritos, su culto exterior prescrito por las leyes; fuera de la única nación que la sigue, para las demás naciones es infiel, extranjera, bárbara. Tales fueron las religiones de los primeros pueblos, a las que se puede dar el nombre de derecho divino civil o positivo. Todo esto es imposible bajo el Cristianismo: "Yo mismo me equivoco al hablar de una república cristiana, porque cada una de estas palabras excluye a la otra. El cristianismo sólo predica servidumbre y dependencia. Su espíritu es demasiado favorable a la tiranía como para no aprovecharse de él. Los verdaderos cristianos están hechos para ser esclavos".

Ha habido fundamentalmente dos interpretaciones de Rousseau. En una disputa que tuvo lugar a comienzos del siglo XX entre Jellinek y Boutmy, aquel entendía que Rousseau había propuesto un Estado totalitario en el que los derechos de las personas quedaban diluidos en la única voluntad general posible. Boutmy le replicaba alegando el pathos de Rousseau por la libertad. Sin duda alguna, el "Du contrat social" ha sido el más eficaz apoyo doctrinal del Estado contemporáneo.

§ 25. Immanuel Kant (1724-1804).

Al nuevo derecho natural le quedaba pendiente una asignatura, la de explicar cómo puede ser el arbitrio el fundamento y el contenido de la vida práctica humana y, al mismo tiempo, cómo era posible el forzamiento de este arbitrio por obra del derecho. Notemos un deslizamiento terminológico interesante: los clásicos latinos habían distinguido la libertad, *libertas*, del arbitrio, *arbitrium*, y los autores alemanes que escriben en Latín seguían distinguiendo ambos términos. En la lengua alemana la libertad se expresa como *Freiheit*, y el arbitrio como *Willkühr*. Han existido términos distintos porque designan realidades distintas: la palabra arbitrio parece designar en mayor medida un uso inmotivado y caprichoso de las capacidades propias, y aún hoy, decir de alguien que actúa arbitrariamente implica hablar mal de él. Pero la Escuela

jusnaturalista moderna acentuó de tal forma la indeterminación de la voluntad como el mayor patrimonio humano que debía defender el poder político, que a la altura del 1700 pocos se atrevían a distinguir entre arbitrio y libertad.

Es necesario forzar el arbitrio de los individuos, porque si el arbitrio quedaba abandonado a sí mismo, tal como planteó Hobbes, entonces jamás saldríamos de la miseria propia del estado de naturaleza. Podría añadirse que mediante el contrato social nos limitamos mutuamente... pero entonces todo el derecho quedaría reducido a una cuestión de hecho, a saber: lo efectivamente convenido en ese contrato; y procediendo mediante cuestiones de hecho se legitima cualquier opresión. Era, pues, preciso hacer de la libertad del arbitrio el elemento normativo y sistemático que determinara toda posible argumentación jurídica. Pero si la Razón es arbitrio, y éste constituye a la Razón misma, ¿cómo se da a sí misma la razón o el arbitrio sus propias leyes? Pues el arbitrio necesita de una regla superior. Los siglos XVII y XVIII no supieron contestar a esta pregunta: los autores de esta época argumentaron que si un conjunto de hombres libres deciden reunirse bajo un poder común, este cuerpo creado mediante un contrato no puede tener (racionalmente) otra finalidad que la de asegurar la libertad inicial.

Veamos la génesis del problema en su historia concreta. Los modernos consideraron (y esta tesis fue perfilada por Kant y sus epígonos) que el Universo se divide en dos grandes vertientes: la naturaleza, *Natur*, en la que domina la necesidad que se expresa mediante la ley de causalidad, y la de la *Ratio* o *Vernunft*, que, por contraposición dialéctica con la necesidad propia de la naturaleza (física), había de consistir necesariamente en libertad. El elemento específicamente humano, la *ratio* que según la mentalidad moderna está llamada a dominar a la natura, consiste y es, ante todo, libertad o *arbitrium, Freiheit* o *Willkühr*. Quedaron contrapuestas las categorías de Necesidad-Causalidad en el mundo irracional, y ausencia de necesidad, esto es, libertad, en el mundo humano, en la Razón, de forma que se impuso el binomio Razón-Libertad. No hubo *vía media*, ya que la Edad Moderna hizo de este enfrentamiento una contraposición excluyente.

Pero quedaba pendiente la asignatura eterna: ¿Cómo entender al arbitrio para que fuera verdaderamente racional y se pudiera hablar de libertad? Desde la contraposición entre la Naturaleza, siempre operando necesariamente según la ley de causa-efecto, y del Arbitrio, entendido como actuar según las ganas (*nach Gefallen*), este problema resultaba insoluble.

Kant, tras el intento fallido de la teoría de la *volonté générale* de Rousseau, intentó contestar a esta pregunta. El sistema ético y jurídico al que tendía el siglo XVIII, poseía, como regla básica y suprema, el principio de no-contradicción. En consecuencia, la pretensión sistemática exigía que se sometiera cualquier conducta a la exigencia de su no-contradicción para comprobar si era *lógicamente* consistente. Kant encauzó esta pretensión de identidad consigo misma de cada conducta a través de su doctrina acerca del imperativo categórico. Un imperativo es categórico si es universal, apodíctico, de forma que solamente la conducta que él expresa es la admisible con la absoluta exclusión de cualquier actitud divergente. El imperativo categórico consiste en preguntarse: la conducta contraria a ésta que yo pretendo, ¿es posible?

Para saber si es posible es preciso generalizar universalmente las consecuencias que previsiblemente se seguirán de la realización de la máxima subjetiva o *Triebfeder*. Si esta generalización de las consecuencias destruía la máxima misma, tal pretensión no era lícita. Por eso es inmoral la mentira, explica Kant: porque si alguien desea mentir (y éste es su móvil 'natural', *sinnlich*) ha de universalizar las consecuencias de este móvil y ha de suponer si a todos los demás les es también lícito mentir; si afirma que a todos les está permitido mentir, destruye por anticipado la confianza que hace posible que su mentira alcance su finalidad, y entonces la pretensión de mentir se destruye a sí misma. El otro ejemplo que alega en la "Dialéctica trascendental" es el del jugador tramposo: si el tahúr universaliza su móvil personal (ganar haciendo trampas) y supone que a todos los jugadores les es lícito hacer trampas, desnaturaliza lo que es el juego. Como explica Kant expresivamente "Si lo opuesto a una cosa es intrínsecamente imposible, lo es, claro está, desde cualquier perspectiva y esa cosa es, por tanto, absolutamente necesaria". Cuando una acción pasa este *test*, así entendido, de la coherencia consigo misma, esa acción es la única que existe en la 'realidad', y por tanto es la obligatoria, pues Kant identifica el ser con el deber-ser. La identidad de la acción consigo misma no es simplemente lógica, sino propiamente real o metafísica.

La doctrina del imperativo categórico contenía una segunda virtualidad, a saber: cada persona ha de universalizar su máxima para comprobar si podía constituir una ley necesariamente universal. Si el que pretende hacer trampas en el juego eleva este móvil suyo a ley universal, comprobará que su actitud destruye el sentido mismo del juego. Como cada persona ha de comprobar por sí misma la licitud de su conducta, cada persona 'verá' por sí sola lo que es lícito o ilícito moralmente. El descubrimiento de la

licitud moral adquiere así un cierto tono personal que lleva bastante más lejos, ya que Kant exige que una vez descubierta la bondad o maldad de la acción, la persona que ya sabe por sí misma lo que es lícito, obedezca a la norma moral por puro sentido del deber. (Si alguien no miente porque le conviene ser sincero, su actitud carece de relevancia ética). De este modo, cada individuo sabe por sí lo que es lícito, y se decide a cumplir lo lícito por su propia voluntad: en tal caso es *autónomo moralmente*, ya que la ley moral no le viene impuesta desde ninguna instancia exterior a él.

Pero esta doctrina la expone Kant en la segunda parte de su “Crítica de la razón pura”, -a la que llamó “Dialéctica trascendental”-, y en la “Crítica de la razón práctica”[9], y estas obras no tratan del derecho, sino de la moral. Volvamos a plantear la pregunta eterna, pero ahora referida al derecho: ¿Cómo llega el arbitrio a ser racional externamente, en la sociedad civil? Él y sus discípulos entendieron que la ciencia del derecho no es más que la reflexión que la libertad hace sobre sí misma a fin de darse unas leyes que aseguren las esferas de libertad (*Freiheitssphären*) mayores posibles para todo individuo. Pues toda persona ha de tener libertad para llevar a cabo su plan de vida (moral) personal: el derecho adquiere así un cierto carácter instrumental respecto a la moral.

¿Es suficiente esta explicación kantiana? La inteligencia usual de esta mentalidad, ya a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, entendió que se hará justicia con cada cual en la medida en que nadie interfiera en la ‘esfera de libertad’ ajena, y cada cual será justo con los demás en la medida en que se ‘abstenga’ (el término técnico era el de *Enthaltung*) de irrumpir en sus vidas. De ahí que los Kantianos que historié en “La Cabeza de Jano” sostuvieran colectivamente, sin fisuras, que la libertad jurídica ha de ser una libertad *formal, negativa y vacía*. Pero la vida jurídica así entendida presentaba dos deficiencias.

Una, que el poder político no se puede limitar con asegurar las esferas de libertad individuales garantizando el ejercicio de una libertad formal, negativa y vacía. El poder público, además de cumplir esta finalidad, ha de crear hospitales, construir vías de comunicación, etc. Con razón explicaba Thomas Erskine Holland que desde la visión kantiana del derecho era inexplicable el Ministerio de Educación. Kant dejó al derecho extraordinariamente empobrecido. No perdamos de vista dos realidades decisivas en el

[9] . Volvió a explicarla más tardíamente en la *Sittenlehre* de la “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”.

momento de estudiar a Kant: una, que él era fuertemente puritano, y lo que le importaba realmente era la salvación eterna del hombre mediante la observancia de un estricto código moral. La otra, que –de acuerdo con las ideas dominantes en la segunda mitad del siglo XVIII- él era profundamente liberal, y sólo contemplaba al derecho como el conjunto de instituciones que castigaban las conductas desviadas socialmente. Su visión del derecho era, por tanto, estrictamente penalista, esto es negativa y represiva. La idea de que el derecho pudiera servir para crear universidades o crear más comercio se les escapaba por completo. Como buen liberal tenía a la vista solamente a las personas: él contribuyó decisivamente a acuñar la expresión persona jurídica (*juristische Person*) como un ser que goza de libertad, en cuya vida nunca puede interferir el poder político, salvo casos extremadamente excepcionales.

El otro problema es algo más delicado de exponer, y sería el siguiente: Kant volcó toda su energía en demostrar que existía un orden moral objetivo, que era el orden que descubría cada persona siguiendo el procedimiento indicado en su teoría del imperativo categórico. Existe el *deber*, interno y personal, de cumplir voluntariamente tal orden de moralidad. Pero él diseña una teoría en la que la figura del ‘deber’, como realidad personal y voluntaria, se agota en el cumplimiento de las leyes morales. Precisamente existe ese deber *moral* porque cada persona ha de cumplirlo autónomamente, sin tener en consideración las consecuencias sociales o individuales que pueda acarrearle el cumplimiento de lo lícito moral. Pero él también explica que en la definición del derecho interviene necesariamente la coacción (*Zwang*), de forma que la gente cumple con las normas jurídicas huyendo del castigo. Aunque no fuera así, en cualquier caso la coacción es necesaria para entender lo que es el derecho, y ya vemos que la violencia excluye al deber, que es siempre una realidad moral.

¿Por qué motivos hay que obedecer al derecho? No tiene respuesta. Reitera que así como las normas morales han de ser cumplidas por puro respeto ante ellas, lo propio del derecho es la coacción, esto es, el miedo al castigo, y que el motivo único que aporta el derecho para exigir su cumplimiento es el miedo al castigo. Los alemanes usan la expresión *Befolgungsmodus* (modo de seguir) para designar los modos distintos por los que han ser seguidas las normas morales y jurídicas. Como el derecho solamente ha de ser cumplido por el miedo al castigo, algunos estudiosos, como Horkheimer o Marcuse, tuvieron mala opinión de la doctrina jurídica de Kant, y explicaron que, según Kant, el derecho no es más que el látigo del rebañero. Al no disponer el derecho de funciones

propias, quedaba como una coacción socialmente organizada que había de permitir que cada cual llevara a cabo su vida del modo indicado, y Kant definió al derecho como el conjunto de condiciones (sociales y políticas) que hacen posible la libertad de cada uno dentro de la mayor libertad posible para todos.

IV

EL IMPACTO DE LAS NUEVAS IDEAS CIENTÍFICAS

Entienda el lector esta advertencia, que recae sobre lo que sigue ahora: pues en mi condición de filósofo del derecho abandono por el momento el estudio de las obras de los juristas y centro los tiros más en las obras de los filósofos, como fueron Descartes y los empiristas. Los juristas siempre hemos sido reacios al estudio de la Filosofía, y es posible que las páginas que siguen cansen al lector. Pero he de trabajar así si quiero ser fiel a la historia, porque en el siglo XVII se produjo la primera gran revolución científica, y el nuevo método científico afectó a los modos bajo los cuales fue estudiado el derecho.

§ 26. Renato Descartes (1596-1650) exigió una ciencia nueva.

Descartes marca el punto del cambio entre la ciencia escolástica y la moderna. La ciencia escolástica estuvo lejos de formar un bloque unitario, porque la Aritmética y la Geometría que aprendieron los escolares en el segundo ciclo de la enseñanza universitaria, el *Quatrivium*, produjo resultados interesantes. Aristóteles había propuesto dos momentos en la investigación científica: el primero consistía en estudiar directamente cada problema, analizándolo (dividiéndolo) en sus elementos más básicos; el segundo momento llegaba cuando el investigador, ya seguro de lo que observaba en estos análisis, establecía una ley general.

Dado que Newton estableció los tres momentos de la investigación en el análisis, formación de leyes, y repetición del experimento bajo otras condiciones (verificación), Aristóteles cumplía los dos primeros requisitos. Galileo procedió como Aristóteles, y por esto se consideró incompleta su teoría científica. Pero a lo largo del siglo XVI se fue afianzando la corriente racionalista que observamos en Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez, y fueron muchos los que abandonaron la faceta experimental de la ciencia y se entregaron a hacer juegos lógico-conceptuales creyendo que, a través de la trabazón rígida entre los conceptos, desvelaban el Secreto del Mundo. Se incrementó una nueva profesión: la de los ‘pensadores’ que sin moverse de su mesa de trabajo, mediante asignaturas que llamaron Psicología, Cosmología, etc., exponían conjuntos conceptuales que pretendían ser completos. Se generalizó un estilo

aparentemente aristotélico que jugaba con las nociones de las cuatro causas, del intelecto agente, con las categorías de potencia y acto, materia y forma, de los esquemas gramaticales de Sujeto-Verbo-Predicado o Sujeto-Verbo-Complemento directo, con los siete tipos de conjunciones gramaticales, etc., todo ello sin contacto con la realidad conocida. Produjeron algo así como una Filosofía de conceptos en la que las combinaciones lógicas daban lugar a nuevas ideas que suponían científicas por el rigor lógico que las enlazaba unas con otras. Esto motivaba un estancamiento de la investigación y, lo que quizá era peor, las inteligencias estaban satisfechas en un quehacer inútil, sin ocuparse de investigar la realidad más directamente.

Renato Descartes estudió en el colegio de La Flèche estos manuales, que no lograron conquistar sus simpatías. Él era un espíritu inquisitivo y libre, y a partir de un momento de su vida decidió dedicarse a la investigación de la verdad. Nos dice de sí mismo: “Yo he nacido, lo confieso, con un espíritu tal, que el mayor placer de los sentidos ha consistido siempre para mí, no en escuchar las razones de los otros, sino en ingeniármelas yo mismo por descubrirlas”.

La innovación cartesiana fue total, pues no propuso solamente una Filosofía nueva, al modo como decimos que Scoto propuso una Filosofía distinta de la de Tomás de Aquino, sino que cambió el método de la Filosofía, y le asignó un objeto nuevo, mucho más reducido que anteriormente.

(Dos dificultades motivaron ante todo el cambio científico) Descartes nos dice sobre estos autores escolásticos decadentes: “Asimismo vemos que casi nunca ha ocurrido que uno de los que siguieron las doctrinas de esos grandes ingenios haya superado al maestro: y tengo por seguro que los que con mayor ahínco siguen hoy a Aristóteles, se estimarían dichosos de poseer tanto conocimiento de la naturaleza como tuvo él, aunque hubieran de someterse a la condición de no adquirir nunca un saber más amplio. Son como la hiedra, que no puede subir más alto que los árboles en que se enreda y muchas veces desciende después de haber llegado hasta la copa; pues me parece que también los que siguen una doctrina ajena descienden, es decir, se tornan en cierto modo menos sabios que si se abstuvieran de estudiar; los tales, no contentos con saber lo que su autor explicaba ininteligiblemente, quien además encontrar en él las soluciones de varias dificultades, de las cuales no habla y en las cuales acaso nunca pensó. Sin embargo, es comodísima esa manera de filosofar para quienes poseen

ingenios muy medianos, pues la oscuridad de las distinciones y principios que usan, les permite hablar de todo con tanta audacia como si lo supieran, y mantener todo cuanto dicen contra los más hábiles y los más sutiles, sin que haya medio de convencerles". No cree imprescindible ir rebatiéndolos punto por punto, y nos explica que "Para esto no será necesario que vaya examinándolas una por una, pues fuera un trabajo infinito, y puesto que la ruina de los cimientos arrastra necesariamente consigo la de todo el edificio, bastará que dirija primero mis ataques contra los principios sobre los que descansaban todas mis opiniones antiguas". Aunque en realidad, Descartes no solamente se dirigía contra los aristotélicos indicados, sino contra Aristóteles y toda la sabiduría antigua y medieval, porque no veía fecundidad en unos métodos que habían llevado a tales abusos.

Existe otro punto, quizá tan decisivo como el expuesto, que habitualmente es poco conocido. La Baja Edad Media supuso un avance tecnológico grande: los bárbaros que comenzaron el segundo milenio apenas sabían construir un edificio digno de este nombre, pero en poco tiempo estaban levantando las catedrales románicas y góticas. Aplicaron inteligentemente la Geometría y la Aritmética a sus necesidades, y se convirtieron en expertos matemáticos y geómetras prácticos. La obra de Geometría universalmente conocida y aceptada eran los "Elementos" de Euclides, del siglo III a. C., que expresan puro sentido común: si había motivo para dudar de Euclides, entonces se podría cuestionar si el sol sale todos los días. Además, esta obra de Euclides posee tal unidad lógica que si se duda de algunos de sus axiomas o postulados, cae toda ella.

Pero los problemas con la Geometría euclidiana comenzaron pronto, porque existen axiomas de Euclides que, formalizados matemáticamente, llevan a contradicciones, y tal cosa sucedía especialmente con el postulado IV, que trata de las líneas paralelas, y, en otro orden, con la noción de simultaneidad. Ignoro cuando comenzó la ciencia escolástica a percatarse de estas incongruencias matemáticas de Euclides, pero, desde luego, muy pronto, ya en el siglo XII, aquellos escolásticos supieron que lo que es evidente para los sentidos (las líneas paralelas) conducen a absurdos cuando hay que explicarlas y desarrollarlas matemáticamente. Pero, ¿se puede dudar de que existen líneas paralelas, y de que dos cosas suceden al mismo tiempo? Porque si cuestionamos esto no hay más remedio que poner en entredicho las percepciones más intuitivas que nos proporcionan los sentidos. Los medievales no se preocuparon gran cosa de estas contradicciones, porque ellos seguían por lo general el

criterio del *subjecta materia*, y entendían que cada realidad conocida exigía su propio método y sólo se dejaba conocer en cierta medida, de modo que el conocimiento de algunas realidades era más exacto, o más preciso, que los de otras cosas. Pues tanto Aristóteles como Tomás de Aquino habían reiterado que "No podemos buscar la misma certeza en todos los conocimientos" y que hay que conformarse con saber lo que sucede habitualmente, aunque esto pueda fallar a veces. Era la misma capacidad evidente o noérgica de lo presentado a la conciencia interna la que determinaba por sí misma el contenido del conocimiento y el método para alcanzar estos contenidos. Al existir diversos cauces epistemológicos, todos ellos con la misma autoridad, no erigieron a una ciencia en concreto como el prototipo o la medidora de la corrección de las otras. La pretensión de unificar las ciencias tomando como criterio máximo a una sola de ellas, es humanista, más bien del siglo XVI.

(***La Razón y los sentidos)*** Reparemos más expresamente en el problema latente en el fondo de esta cuestión: la vista nos hace conocer las líneas paralelas, y el sentido común nos hace ver que las cosas suceden simultáneamente. Pero la Aritmética nos muestra que las líneas paralelas no pueden existir: son absurdas matemáticamente. Y la Física nos indica que es absurda la simultaneidad. En esta oposición entre lo que nos muestran los sentidos y la evidencia de la racionalidad (matemática), ¿por qué tipo de saber hay que tomar partido?

Descartes decidió erigir a la Matemática en el modelo de todos los conocimientos y nos indica, en pleno "Discurso del método", que "Puesto que los sentidos nos engañan, a las veces quise suponer que no hay cosa alguna que sea tal y como ellos nos la presentan en la imaginación; y puesto que hay hombres que yerran al razonar, aún acerca de los más simples asuntos de Geometría, y cometen paralogismos..." Esos hombres no eran personas concretas, a las que pudiera acusar de poco ciencia o poco rigor: uno de ellos era él mismo, porque "Las artes mismas de la Aritmética y de la Geometría, aún cuando sean las más ciertas de todas, son sin embargo una fuente de error ... ¿Qué geómetra, a pesar de sus principios, no oscurece la evidencia de su objeto juzgando que las líneas carecen de anchura y las superficies de profundidad"? Esto era una declaración de guerra contra Euclides.

No perdamos de vista el terreno en el que se originó esta discusión, que fue el geométrico-matemático. Descartes dudaba de las verdades de la Geometría y de las

Matemáticas, no de si él estaba sentado junto al fuego. Aunque bien es verdad que, llevado por la propia dinámica de su Filosofía, pronto decidió aplicar su duda metódica a todo lo que conocemos.

(‘Res cogitans’ y ‘res extensa’: quedaron ‘separados’ el sujeto que conoce y la realidad exterior al sujeto) Frente a este engaño era preciso que el sujeto cognoscente se distanciara de lo que conoce y reflexionara sobre la forma de conocer. Por eso escribe que “Hay que admitir respecto a esto que el entendimiento no puede ser engañado por ninguna experiencia, con la sola condición de que posea la intuición precisa de lo que le es presentado ... y con la condición además de que no juzgue que la imaginación reproduce fielmente los objetos de los sentidos, ni que los sentidos se visten de las verdaderas figuras de las cosas, ni, finalmente, que las cosas exteriores son tales como se nos aparecen ... nunca afirmaré que eso mismo ha pasado por entero y sin sufrir ningún cambio de las cosas exteriores a los sentidos y de los sentidos a la fantasía”. La crisis moderna de la Filosofía y de la ciencia estuvo motivada ante todo por la crisis de la Geometría tradicional. Pero del hecho contrastado de que nos engaña la intuición de los cuerpos en el espacio no deduce Descartes que el testimonio de los sentidos sea siempre inútil: “Pero aunque los sentidos nos engañen a veces, acerca de cosas muy poco sensibles o muy remotas, acaso haya otras muchas, sin embargo, de las que no puede dudarse razonablemente, aunque las conozcamos por medio de ellos: como son, por ejemplo, que estoy aquí, sentado junto al fuego, vestido con una bata, teniendo este papel en las manos, y otras por el estilo. ¿Y cómo negar que este cuerpo y estas manos sean míos, a no ser que me empareje a algunos insensatos, cuyo cerebro está turbio y ofuscado?”.

La Filosofía aristotélica había mantenido que ‘La razón es medida por las cosas’ y que el hombre tiene tantas potencias o facultades cognoscitivas como tipos de cosas ha de conocer, con lo que suponía como la adecuación natural entre el sujeto cognoscente y los objetos conocidos. Tomás de Aquino, que posiblemente conocía ya las limitaciones matemáticas de la Geometría, se había mostrado reiteradamente poco optimista sobre las posibilidades de conocer la realidad física. Pero Tomás no se había retirado a la interioridad de la razón, mediante la reflexión sobre el propio yo, para dar una respuesta al problema del conocimiento. Descartes, por el contrario, dedicó toda una obra, las “Meditaciones metafísicas”, a la reflexión introspectiva del yo sobre sí

mismo. Siguiendo posiblemente lo que le parecía el sentido común, Renato Descartes mantuvo que “En el conocimiento no hay más que dos puntos, a saber: nosotros que conocemos, y los objetos, que son conocidos”. Lógicamente, el trabajo del científico ha de comenzar por la investigación de la capacidad cognoscitiva humana: “El conocimiento del entendimiento es el primero de todos, pues de él dependen todos los demás conocimientos”. Posiblemente esto era una falacia básica, pues Hobbes demostró, pocos años más tarde, que si dudamos de los objetos que son conocidos, hay las mismas razones para dudar de la existencia de una razón o entendimiento que conoce. Tomás de Aquino había expresado reiteradamente que conocemos los objetos conocidos, pero que no podemos conocer lo que sea en sí nuestro mismo conocimiento. Pero la suerte estaba echada, y Descartes entendió que el hombre posee tres tipos de facultades o potencias: el entendimiento o razón, la imaginación, y los cinco sentidos.

Descartes exige una sola ciencia de certeza apodíctica que no debe admitir nada que no sea necesariamente verdadero. Pero lo ‘necesariamente verdadero’ es muy poco en el conjunto de los conocimientos humanos, y esto implicaba ante todo una reducción enorme de lo que el ser humano podía conocer, por lo que Descartes titula la Regla II de sus *Regulae ad directionem ingenii* como “Solamente hemos de ocuparnos de aquellos objetos para cuyo conocimiento cierto e indubitable parezcan ser suficientes nuestras mentes”. Porque él cree (quizá considerando que el sujeto que conoce es siempre uno y el mismo) que todos los conocimientos han de ser igual de exactos, y exige una ciencia unitaria en la que las Matemáticas han de constituir el soporte. Todas las ciencias constituyen en su conjunto la sabiduría humana, que es siempre una, por muy grande que pueda ser la diversidad de temas de los que trata. La intuición de Descartes, que es antigua y de la que encontramos ya trazas en el siglo anterior, consiste en suponer “Que todas las ciencias están ligadas entre sí de tal manera que es mucho más fácil aprenderlas todas juntas que separar una de ellas de las otras ... Las ciencias están todas unidas entre sí y dependen las unas de las otras”.

Descartes reintrodujo al hombre en el interior de sí mismo, es decir, en el conocimiento y manipulación de las ideas sencillas y simples que cada sujeto encontraba en su interior. Recluido en su propio interior, él se encontró a sí mismo como un ser pensante, de forma que se atrevió a expresar “Yo soy porque pienso”. Pero el pensamiento no es algo privativo suyo, sino común a todos los hombres, por lo que vino a decir “Somos porque pensamos”. El hombre en tanto que hombre es

pensamiento, *res cogitans*; lo que permanece fuera de la cosa pensante –es decir, fuera de la razón humana- es pura extensión material, *res extensa*. Llevado por su afán de coherencia se vio forzado a separar las percepciones que nos llegan desde la *res extensa*, a través de los sentidos, de los pensamientos que componen la *res cogitans*. No le faltaron motivos para proceder así: a comienzos del siglo XVII todos sabían que –en contra de la evidencia que nos proporciona la vista- no era el sol el que giraba en torno a la Tierra. Los astrónomos habían teorizado sobre el espacio infinito, y el espacio infinito es una idea incomprensible o absurda para la razón humana. Lo mismo sucedía con otras 'evidencias científicas'. Fue comprensible que él buscara un criterio nuevo para discernir lo que era verdad de lo que componía simple sabiduría popular. Él encerró al hombre en el interior de su racionalidad: de puertas para adentro, la razón conoce cuerpos simples, y no puede dudar de su objetividad o validez racional: no objetividad en absoluto como afirmaban los escolásticos como Molina o Suárez, sino objetividad simplemente para la mente. Siguiendo viejas incitaciones de la Escuela de los Nominales, puso las bases para separar al hombre de su entorno exterior, y el ser humano quedó encerrado en un mundo puramente simbólico de ideas claras y simples cuya validez no podía ser puesta en duda.

Hubo de rechazar la evidencia que proporcionan los sentidos, porque es patente que los sentidos y el sentido común nos engañan. Pero se vio abocado a *separar* la cosa pensante de la cosa extensa, y esta separación planteó con el tiempo más problemas que problemas resolvía. Cuando la mecánica clásica, formada entre Galileo, él mismo y Newton entró en crisis a comienzos del siglo XX (Planck, Heisenberg), hemos descubierto que los movimientos que estudia la Física no son siempre mecánicos, y que la *res extensa* aparentemente siempre al margen de la razón, está plagada de formas distintas, por lo que es mucho más pensante de lo que afirmó el mecanicismo moderno.

(*El análisis disolvente: las ideas 'más simples'*) El método resolutivo-compositivo es antiguo: Aristóteles había propuesto un proceder así, de forma que al estudiar la ciudad y la convivencia política era preciso ir hasta los individuos. Pero el análisis aristotélico individualista no tenía pretensiones totalitarias, pues si es cierto que la ciudad se compone de personas que pueden ser consideradas una a una, no es menos cierto que esas personas se nos presentan también como padres, maridos, amigos, propietarios, etc. No partían siempre desde los individuos solitarios, porque no es esto

lo que siempre nos manifiesta la experiencia. Su noción de naturaleza humana se basaba indistintamente en las personas como individuos (*persona ut persona*) y en las personas revestidas de sus condiciones de padres o propietarios, las *personas jurídicas*.

Pero Descartes, en su empeño de encontrar en el interior de su mente las ideas más simples de las que nadie pudiera dudar, entró por un camino disolvente de las relaciones sociales, y en general humanas. No es que él estudiara la sociedad -no se preocupó de cuestiones políticas o jurídicas- pero sí puso las bases metódicas para proceder de este modo. Él nos indica que “El orden que he llevado en esto ha sido el siguiente: primero he procurado hallar, en general, los principios o causas primeras de todo lo que en el mundo es o puede ser”. La averiguación de estas primeras causas más generales implicaba ante todo centrar la atención en una cuestión, abstraerse de todo concepto superfluo, reducirla a su mayor simplicidad, y dividirla en partes tan pequeñas como sea posible, enumerándolas. Estas partes más pequeñas son, en las ciencias del hombre, los individuos. Su método será el siguiente, guiado por estos principios: “Fue el primero no admitir como verdadera cosa alguna como no supiese con evidencia que lo es ... el segundo, dividir cada una de las dificultades que examinare en cuantas partes fuera posible, y en cuantas requiriese su mejor solución. El tercero, conducir ordenadamente mis pensamientos, para ir empezando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ir ascendiendo, poco a poco, gradualmente, hasta el conocimiento de los más compuestos”. Pensemos en el enorme valor de esta teoría para la Filosofía sobre el derecho, que desde entonces comenzará su estudio por los individuos en su supuesto más simple, esto es, aislados, como antes de constituir alguna sociedad.

Pero en este proceso tropieza con una dificultad: ¿Cómo saber qué es lo más simple? “Caer en la cuenta de qué es lo más simple ... contiene el principal secreto del arte”. Él confía ante todo en la intuición interna, que es ese conocimiento directo que tenemos sobre una cosa, y que se impone al espíritu con tal evidencia que no es posible dudar de que existe tal cosa, y que esa cosa es tal como la percibimos. La Filosofía de Descartes se basa en la intuición interna a la razón, que es el único conocimiento –según él- que no nos lleva al error. Mediante la intuición captamos verdades absolutas: “Llamo absoluto a todo aquello que contiene en sí la naturaleza pura y simple que es objeto de una cuestión: por ejemplo, todo lo que se mira como independiente, causa, simple...”.

Necesitamos una intuición 'clara y distinta' de cada cosa, y hemos de limitar nuestro conocimiento a lo que podemos conocer así.

Él tomó como modelo la Aritmética y la Geometría, y se hizo el propósito "De no recibir cosa alguna por verdadera que no me pareciese más clara y más cierta que las demostraciones de los geómetras". Apreciaba especialmente a estas dos ciencias por los objetos 'puros y simples' que manejaban, tan simples y puros que eran captados con toda facilidad bajo los sentidos: "No hay nada que caiga más fácilmente bajo los sentidos que la figura: se la toca, en efecto, y se la ve". Lo mismo sucede con los números. Así habría que componer una ciencia nueva, una "Mathesis universalis" que buscaría el orden y la medida en cualquier cosa. Tenía gran confianza en este método porque ya estaba dando grandes resultados y, según su propia confesión, quería que toda la humanidad se beneficiase de él. Se trataba de una prueba circular que, en última instancia, se justificaba por su éxito.

(La exigencia de Unidad) Para la mentalidad de la Antigüedad cada objeto se imponía al observador con fuerza imperiosa. La mente humana había estado más ligada a los datos plurales de cada realidad, porque uno era el camino a seguir para conocer los derechos de un padre, y otro para conocer las diversas posibilidades de la contratación. Cada cosa poseía su propio método de aproximación, y se dejaba conocer sólo hasta donde ella permitía. Esto permitía mantener simultáneamente afirmaciones aparentemente contradictorias, como que todos los hombres son libres por derecho natural, y que el padre está sin embargo obligado –también por el derecho natural- a la *educatio* de sus hijos: eran realidades antitéticas pero igualmente racionales porque surgían desde las racionalidades de las necesidades.

Pero en nuestra cultura siempre ha existido la tendencia a entender que 'algo' no está perfecto hasta que no puede ser reducido a una figura geométrica: la figura más valorada ha sido, de hecho, la del círculo. Una ciencia estaría completa cuando tuviera un centro desde el que el científico pudiera calcular cada radio, y estuviera en condiciones de saber cómo es cada segmento de la circunferencia. Henri Bergson (1930) ya nos advertía que la geometría es la metafísica natural del espíritu humano. Efectivamente, el científico moderno no quedaba contento hasta que no hacía encajar sus conocimientos bajo la figura del círculo, de forma que el desarrollo de su punto central determinara la progresiva ampliación de la circunferencia de modo que los pasos

sucesivos fueran previsibles y calculables: éste es el núcleo del espíritu *sistemático*, al que repugna que existan cosas tan distintas que unas sean irreductibles a las otras.

La incipiente mentalidad moderna reclamaba unidad, ante todo en el campo estrictamente científico, y Renato Descartes fue el primer teórico de la ciencia que ofreció a su época lo que ella pedía: él proporcionó un criterio unitario de la racionalidad observadora, que también podía ser aplicado a los temas humanos. Propuso un *criterio de justificación* que, por la fuerza de su propia evidencia, ofrecía tanto el método a seguir como los objetos que concretamente podían ser conocidos; se trataba de un método que, en virtud de las limitaciones que él ponía, determinaba autoritariamente lo que podía ser estudiado. Descartes buscó evidencia, aunque no en el sentido dominante hasta entonces, que encontraba tal evidencia en la inmediatez de los objetos proporcionados por la experiencia, sino de otra forma más interior y, según él, más precisa. Era un método que creaba por sí mismo sus objetos, a veces contra de la evidencia de lo conocido por los sentidos en la cotidianidad. Al oponer la evidencia interior a la evidencia de lo conocido sensorialmente, rompió con el sentido común que es más inmediato al ser humano, y desde él la Filosofía adquirió un tono algo misterioso y paradójico.

§ 27. Thomas Hobbes (1588-1651).

Descartes, al emancipar las realidades racionales de los objetos del mundo exterior, había roto un criterio fundamental de la racionalidad, a saber: la propia racionalidad de la evidencia de lo percibido por los sentidos, y la adecuación de nuestras nociones intelectuales con los objetos externos. La historia dio el segundo paso, más allá de esta negación de la racionalidad de lo suministrado sensorialmente, y este otro paso fue cuestionar la verdad de las mismas nociones interiores operativas en la mente y afirmar que constituyen únicamente contenidos contingentes de nuestro psiquismo. Esto lo hicieron los empiristas ingleses y, en el área de cultura alemana, Christian Thomasius y sus discípulos. Emergió un problema nuevo: si no son fiables los datos proporcionados por los sentidos, ni tampoco las ‘ideas’ que tenemos en la mente, ¿qué podemos conocer *realmente*? Negada la objetividad de los datos de los sentidos y de los contenidos mentales, la reflexión filosófica cayó en el empirismo, esto es, en afirmar que solamente podemos conocer los datos sensoriales tal como se presentan, es decir, aislados, pues estos filósofos entendieron que los datos de los sentidos llegan al hombre

deslavazados; estos datos nos transmiten simples fenómenos, impresiones aisladas, sin que el hombre pueda afirmar que tras ellas, o debajo de ellas como soporte suyo, existan ningún tipo de sustancias.

Perdido de vista ese equilibrio delicado, siempre frágil, entre las sensaciones y la racionalidad, parece que la razón humana se asusta, y tiende bien a recluirse a sí misma (actitud de Descartes), o a negarse a sí misma, como hicieron Hobbes (1645) o Hume (1750). Tomás de Aquino había establecido que no podemos conocer qué es la razón, sino que la razón se nos manifiesta oblicua o indirectamente, a través del conocimiento de sus contenidos. Pero la Edad Moderna puso su confianza en una razón que se contempla a sí misma, y que trata ella de comprenderse desde sí misma: desde esta actitud tanto se puede afirmar incondicionalmente la racionalidad, como negarla.

Las fuerzas renovadoras estallaron con Thomas Hobbes de una forma radical. Hobbes calificó a la cultura existente como Reino de las Tinieblas, y entendió que desde los sofistas que recoge Platón hasta entonces (*circa* 1645) no se había hecho nada aprovechable. Todo había sido pura demencia, y en lugar de los libros complicados que se enseñaban en las Escuelas era preciso dejar en libertad el 'pensamiento natural' del hombre, que proporcionaría una Filosofía sencilla y asequible a todos. Él entendía que la Filosofía es el conocimiento de las causas, que nos ha de llevar a un conocimiento cierto e indubitable (el tono dogmático es especialmente fuerte en este inglés), por lo que hay que rechazar los conocimientos basados solamente en la experiencia que dan lugar a la prudencia, pues la experiencia y lo que se sigue de ella únicamente nos proporcionan datos de valor contingente, y la ciencia nueve que él quiere desarrollar ha de ser axiomática, de modo que conduzca a resultados indubitables gracias al rigor matemático por el que han sido demostrados unos por otros. Fue estrictamente materialista y rigurosamente nominalista.

(La estructura de la nueva racionalidad) De la misma forma que Descartes, él entiende que los sentidos nos engañan, también en la regulación de las conductas personales y políticas, y dedica un capítulo entero de sus "Elementos de la Política" a mostrar este tema con el significativo título de *The main deception of sense*. Nosotros solamente conocemos apariencias. La gran piedra de escándalo que le llevaba a pensar así ya la conocemos: falla la intuición de los objetos en el espacio. Si los sentidos nos engañan, ¿para qué proponer una teoría del conocimiento y una Filosofía nueva? En

estos autores del siglo XVII estaba extendida la idea de que poco o nada podemos conocer en sede de conocimiento teórico, esto es, no podemos conocer qué es la naturaleza. Pero podemos obtener muchos conocimientos prácticos que mejorarán nuestra situación. El lema que movió a toda esta época fue "Saber para poder", y éste fue el motto de Hobbes: *The end of knowledge is power*.

Está especialmente preocupado por la Geometría y sus problemas. De hecho, sus "Elements of Philosophy" constituyen, fundamentalmente, un tratado de teoría de la Geometría.

Los materialistas siempre han concedido gran atención a los cinco sentidos del hombre, porque entendieron que ellos son la única fuente de todo conocimiento. No solamente el origen, sino el continente, la forma, los movimientos y transformaciones de las sensaciones. Para los empiristas no existe la razón o racionalidad como una facultad humana distinta de las percepciones, sino que lo que llamamos razón es solamente la sensación ya transformada por los sentidos y la memoria. Así explicaron al hombre ya Empédocles y Demócrito, y Tomás de Aquino escribía que "Los antiguos filósofos naturales, como Demócrito, Empédocles y otros, mantuvieron que el intelecto no es algo distinto de los sentidos, ya que los sentidos son cierta fuerza corpórea que se sigue de algún movimiento de los cuerpos, y tal cosa es el entendimiento".

Descartes había mantenido que sólo existen dos realidades, el hombre que piensa (la *res cogitans*), y aquello que él ha de conocer en el mundo exterior (que sólo puede ser *res extensa*), con lo que afirmó que los sentidos son propiedades, facultades o potencias de los hombres que se diferencian e incluso se oponen de algún modo a las cosas que han de ser conocidas. Pero Hobbes no puede aceptar ni siquiera este planteamiento porque él, en su materialismo estricto solamente reconoce la existencia de percepciones motivadas por el movimiento: la única realidad que existe es el movimiento universal, del que el ser humano es una parte. Explica por ello que la causa de las cosas más simples es sólo *motion*, y "El movimiento no puede ser entendido como si tuviera otra causa distinta del propio movimiento". Todo cambio es movimiento, y el movimiento no es otra cosa que un continuo abandonar un lugar para ocupar otro nuevo. Todo movimiento es generado por un cuerpo contiguo y que se mueve.

En los *Elements of Philosophy* nos explica que "El sentido, en el que siente, no es otra cosa sino movimiento en algunas partes internas del cuerpo del que siente ... de

forma que el primer origen del sentido es ser tocado o presionado ... y de esta manera, la presión o movimiento es propagado por todas las partes del órgano hacia el interior ... desde lo que derivamos el fantasma o la idea que es producida en nosotros por nuestro sentido”. Notemos que ahora no está describiendo la simple sensación, sino también lo que son los sentidos, porque él no reconoce la existencia autónoma de los sentidos en el hombre, sino solamente el movimiento que presiona los órganos de la vista, el tacto, etc., que es llevado por los órganos de la vista o el tacto hasta el cerebro. El origen del conocimiento no reside en el hombre que conoce, sino que está en las cosas que, gracias a su movimiento, invaden, por así decir, al ser humano haciendo presión sobre sus órganos sensoriales. “Originalmente todas las representaciones son producidas por la acción de las cosas mismas ... y cuando esta acción está presente, la concepción producida es llamada sentido”. Casi cincuenta años más tarde, John Locke hablará del “Power of things” como el principio activo de todo conocimiento, pero aunque Hobbes no use expresamente esta expresión, él también alude a este poder de las cosas que origina nuestro conocimiento.

Los sentidos de los hombres, y el hombre mismo, son solamente el protoelemento sensación, que reelaborado por la sustancia gris del cerebro, da lugar a lo que conocemos. Cassirer nos indica, sobre esta Filosofía, que “Todo lo que denominamos realidad psíquica no es en el proceso sino una repetición y transformación de una determinada cualidad fundamental que se haya ya implícita en la más simple impresión sensible”. Hobbes, que explicó que el pensamiento es un ‘discurrir’, añadió que este discurrir ordenado es “Produced by sense”, porque “En los sentidos hay ciertas coherencias o concepciones que podemos llamar capacidad de ordenar”. Además, a él le era preciso mantener que, aparte de los cinco sentidos usuales (vista, oído, olfato, gusto, tacto), ha de existir un sexto, el que nos produce placer y dolor.

Hobbes hizo suya la tesis básica de la *Mathesis universalis* de Descartes, y mantiene que lo único que conoce la razón humana son las magnitudes, proporciones y figuras, de modo que la razón humana (que no es cosa distinta de su funcionamiento) consiste únicamente en sumar y restar. En el “Leviathan” estudia las cuatro operaciones aritméticas y concluye que la multiplicación no es más que una suma, y la división es sólo una resta.

(Pero un empirismo tan radical había de chocar con contradicciones, como muestra la historia de la Filosofía, más allá de la doctrina de Hobbes. Porque cuando un hombre ve un caballo, siempre ve un caballo, y cuando ve una gaviota siempre ve una gaviota. Luego ha de existir un poder o facultad en el hombre que le lleva a agrupar las sensaciones de acuerdo con alguna idea o forma; de no ser así, las sensaciones se amontonarían en el cerebro caóticamente, y llamaríamos gaviota al caballo y álamo a la gaviota).

(Persona y libertad) Los movimientos de las cosas, siempre por impulsiones físicas, nada dicen sobre lo bueno y lo malo. Su relativismo ético es total, al menos programáticamente. Él manifiesta que lo que consideramos bueno o malo varía de lugar en lugar, de tiempo en tiempo. Tampoco existen las personas como seres que actúan voluntariamente, con deliberación y voluntariedad, eligiendo lo que quieren hacer y existiendo realmente como personas independientes más allá de lo que hacen. “Una persona es aquel cuyas palabras o acciones son consideradas bien como suyas, bien como representando las palabras o acciones de otras personas u otra cosa a la que le son atribuidas, ya sea verdaderamente, ya por ficción”. La palabra persona, explica, es latina; en Griego se designaba como ‘prosopon’ y significaba la cara, mientras que en Latín significa disfraz o apariencia externa de un hombre. Así, toda persona es un actor (como de teatro), que tiene como propias sus palabras y acciones, y es su autor, por lo que actúa con autoridad. De este modo, cuando hablamos de bienes o posesiones, es un propietario, en Latín un *dominus*. Y como el derecho de posesión es llamado dominio, el derecho de hacer una acción es llamado autoridad, por lo que, bajo autoridad, entendemos siempre el derecho de hacer una acción.

El hombre es un momento más del devenir universal, y no tiene sentido hablar de libertad. “Si por libertad entendemos estar libre de la necesidad, de forma que haya de ser encontrada en la voluntad, esto no existe en el hombre ni en los animales”. El ser humano dispone de voluntad, ciertamente, pero la voluntad no es más que el último apetito, que es el que vence en la deliberación.

Si la libertad no consiste en hacer lo que se quiere hacer, ¿cómo entenderla? “La libertad significa, hablando con propiedad, la ausencia de oposición, y por oposición yo entiendo los impedimentos externos para el movimiento”. Las nociones de movimiento y libertad fueron muy unidas en Hobbes, pues siempre que se refiere a la una, hace

referencia al otro: “Libertad ... no es otra cosa que la ausencia de impedimentos para el movimiento”. La libertad interna consiste, lógicamente, en la ausencia de impedimentos internos. La noción misma de libertad adquirió así un carácter ante todo negativo, ya que consiste en un vacío o en una ausencia. Es lógico que defina la libertad civil como “El silencio de las leyes”.

Si ha negado la libertad en el sentido usual, carece de sentido también la noción del deber. Hasta entonces, la reflexión sobre el derecho había girado fundamentalmente sobre las condiciones que ha de reunir el derecho para exigir obediencia, tema que conocemos usualmente como el del deber jurídico. Pero si el hombre no es un ser libre, es ilógico hablarle de deberes, y Hobbes declara reiteradamente que el deber de cumplir los *laws* no es otra cosa que el miedo al castigo previsto para el caso de su incumplimiento, de modo que se cumple el derecho no por razón del mismo derecho, sino por el castigo anexo a la ley. Hobbes no exigía que las personas *obedecieran* el derecho, sino que lo cumplieran.

(La Filosofía política ‘creadora’) Hasta Descartes la Filosofía había consistido en reflexionar sobre la vida humana, y por ello Beckmann escribía que “Filosofare est bene ratiocinare circa ea, quae occurrunt”, esto es, filosofar es explicar lo que nos sucede en la vida cotidiana. Pero este reflexionar sobre la cotidianidad implicaba aceptar esta vida de algún modo, sin pretensiones de recrearla desde su raíz. La situación de Hobbes fue muy peculiar, al menos desde este ángulo, porque el punto de vista teórico le había enseñado a desconfiar de la intuición, incluso en lo aparentemente más incontrovertible, y la práctica política que le había tocado vivir, con dos guerras civiles, le llevaba a no confiar en los tratados usuales de la ciencia ética y política. Obviamente él no trataba de reflexionar sobre una realidad de la que tenía motivos para desconfiar, sino que pretendía construir una sociedad nueva gracias su Filosofía.

Consecuentemente, entendía que “La Filosofía es el conocimiento que adquirimos, mediante un raciocinio verdadero, yendo desde las apariencias, o los efectos aparentes, al conocimiento que tenemos de una posible producción o generación de lo mismo, de modo que <conozcamos> tal producción, tal como ha sido o puede ser, desde el conocimiento de tales efectos”. La Filosofía sirve para conocer las causas y, una vez conocidas éstas, dominar los efectos posibles de ellas, para lo que era imprescindible descender hasta lo más elemental. Todavía Descartes había aceptado lo

que le venía dado a la razón, sin analizarlo hasta el final, pero Hobbes rechazaba de plano esta actitud.

Condición *sine qua non* para crear es saber ir desde las causas a los efectos y desde éstos a las causas, de forma cierta y sin dudas. “Por consiguiente, hemos de decir que la Filosofía dispone de dos métodos. Uno, desde la generación de una cosa hasta sus posibles efectos; otro, desde sus efectos o apariencias a su posible generación”. Si buscamos las causas más elementales de lo que conocemos, llegaremos a los primeros principios de la justicia. Parece que el método ha de ser analítico en un primer momento y, después, sintético: “Namely, that which proceeds from sense to the invention of principles; and the rest synthetical”. Si no es posible concebir la generación de la cosa, el conocimiento no puede ser filosófico. Es lógico que nos preguntemos sobre el por qué de esta autolimitación a lo que podemos dar origen. Horkheimer-Adorno nos contestan que “No debe existir ya nada ‘afuera’, puesto que la simple idea de ‘afuera’ es la fuente genuina de la angustia”.

(El ‘right’ y el ‘law’) Trataba de explicar la sociedad humana partiendo desde los cuerpos simples, esto es, aquellos cuerpos que no admitían un análisis ulterior. En la Filosofía política, tales cuerpos eran las pasiones de los individuos humanos, por lo que la explicación de la sociedad humana, es decir, de su origen, derecho y posible justicia, había de partir desde el análisis de los individuos. Hobbes tenía a mano la noción romanista del estado de naturaleza, ya usada por autores anteriores, y él también la usa para describir unos hombres extremadamente solitarios que originariamente (esto es, antes de constituir el poder político único) son juez y parte en sus problemas. Por la misma naturaleza, todo hombre dispone del “Right of nature” o *derecho natural*: “El derecho de naturaleza, que los escritores llaman comúnmente derecho natural es la libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza; es decir, para conservar su vida; y, consecuentemente, para hacer todo aquello que su juicio o razón le indique ser apto como medios para ello”. Los juristas romanistas habían entendido que el derecho natural era simultáneamente libertad natural y un orden racional que corregía posibles desviaciones. Pero Hobbes emancipó la categoría de la libertad o derecho natural de consideraciones morales, y la dejó como la simple posibilidad física que tiene cualquiera para hacer lo que quiera al servicio de sus fines arbitrarios.

Diseñó un hombre que no es bueno ni malo. Él tiene ante su consideración lo que ve cotidianamente y lo que ha visto en la guerra. Los hombres competimos, porque lo normal es que varios hombres quieran la misma cosa al mismo tiempo[10]. Sucede además que, aunque algunos hombres concretos sean más fuertes que otros, en general todos los hombres somos iguales en poder, por lo que está asegurada la discordia permanente. El ser humano, además, no descansa, porque "La felicidad es un progreso continuo del deseo de una cosa a otra, de forma que alcanzar una no es sino el camino para la siguiente". Además, los hombres vivimos en continuo temor unos de otros; si no, ¿por qué las fronteras están guardadas por soldados armados? De esto concluye que "Es manifiesto que mientras viven sin un poder común que los mantenga a todos con el mayor miedo, viven en situación de guerra; una guerra en la que cada hombre va contra todos los demás. Pues la guerra no consiste solamente en una batalla, o en el acto de la lucha, sino en la sucesión de tiempo en la que la voluntad de luchar es suficientemente conocida". Esta situación es calamitosa, pues "En tal condición no hay sitio para la industria, porque no es seguro que se pueda gozar de ella y, por tanto, no hay cultura sobre la tierra; no existe navegación, ni las comodidades que se pueden importar por el mar; no hay edificios cómodos, ni máquinas...". Y, lo que es peor, "Se vive en miedo continuo y en peligro de una muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, asquerosa, brutal y corta".

(Usualmente se suele contraponer la antropología de Hobbes a la de Rousseau: la de aquel sería pesimista, y la de éste optimista. Hobbes no profesó ninguna antropología especialmente pesimista: él describió lo que veía en las relaciones internacionales y lo que había visto en dos guerras civiles en su misma patria).

Para evitar el peligro de esta vida pobre y corta, en esta situación entra en juego la razón, esto es, los "Laws of nature" o *leges naturales*, que son preceptos o reglas generales, encontradas por la razón, por la que se le prohíbe hacer aquello que sea destructivo de su vida, o prescindir de los medios que sean imprescindibles para ello. Pues el *right* consiste en libertad de hacer o de omitir, mientras que el *law* determina y vincula a uno a algo, de forma que *right* y *law* difieren como la libertad y la obligación. El hombre debe entrar en sociedad civil y política pero, ¿tiene realmente el *deber* de hacer esto? En algunos momentos, Hobbes declara que no se trata de un verdadero

---

[10] . "But the most frequent reason which man desire to hurt each another, ariseth hence, that many men at the same time have an appetite to the same thing". *Philosophical Rudiments*.., cit., pág. 8.

deber, ya que él solamente expone teoremas relativos a la propia conservación. En otros momentos hace entrar en juego su formación de geómetra y declara que, por el principio de no contradicción, el hombre, que desea vivir en paz y en un estado de pleno derecho, no puede destruirse a sí mismo. El hombre debe entrar en sociedad política. La Filosofía sirve para crear el Estado; no explica su génesis en el tiempo, sino en la razón.

La solución para acabar con esta guerra de todos contra todos está en poner el poder en manos de una única persona, que gobierne de acuerdo con su criterio. No le convence el Estado de derecho de Aristóteles, en el que gobernarían las leyes y no las personas, porque no asegura suficientemente la paz social. Él prefiere suponer que los hombres celebran un pacto social por el que crean el poder político y atribuyen todo el poder de gobernar y hacer las leyes a una sola persona. La jurisprudencia romanista, siguiendo los textos romanos, había insistido en que la única obligación natural es la que origina el propio consentimiento, y Hobbes, sin citar a ningún jurista romano ni medieval, lleva esta idea hasta sus últimas consecuencias, de forma que la única fuente de la justicia serán los pactos o contratos. En Latín la injusticia era llamada injuria', y Hobbes explica que la injuria consiste en romper el contrato, de forma que aquel que incumple un pacto o reclama lo ya regalado (esto es, se contradice) comete una injuria. Cualquier jurista estaría de acuerdo con esta afirmación, pero la novedad de Hobbes es que reduce la injuria solamente a estos supuestos. El incumplimiento de un contrato constituye una *injuria* porque quien otorga su palabra y no la cumple, incurre en una contradicción.

Todos celebran un contrato con todos en que renuncian a su *natural right*. A partir del momento en que comienza la sociedad política, sólo está vigente el derecho civil, esto es, el derecho positivo, y carece de valor el derecho natural. El derecho positivo no es el derecho romano ni el Derecho Común, sino el conjunto de las órdenes o *commands* dictados por el poder. Como esta tesis era novedosa, él dedica espacio a exponerla, normalmente comparando las órdenes con los consejos, y explica que el consejo es aquel precepto en el que la razón de la obediencia radica en la cosa misma que es aconsejada, mientras que el *command* es el precepto en el que la razón de la obediencia se deduce desde la voluntad del que dicta la orden.

“El derecho civil es para cada hombre, aquellas reglas que la sociedad le ha ordenado por palabra, por escrito, o por otro signo suficiente de la voluntad, para que haga uso de ellas, para la distinción de lo justo y de lo injusto, es decir, de lo que es

contrario y de lo que no es contrario a la regla". En la sociedad política, las leyes constituyen el único criterio de justicia, y en este punto Hobbes se vuelve extrañamente rotundo y coherente. Explica que el derecho natural es, en la sociedad, el derecho civil, porque el derecho positivo es la verdadera interpretación del derecho natural en cada caso controvertido. Como es lógico desde estos presupuestos, sólo es admisible la interpretación de las leyes hecha por el mismo legislador. En otros momentos se muestra más conciliador con la idea usual del derecho natural y expone que este derecho y el derecho civil son la misma cosa, pues el derecho natural consiste en equidad, justicia, gratitud y otras virtudes morales que dependen de estas otras, por lo que este derecho no es propiamente un *law*, sino cualidades que predisponen para la obediencia al derecho.

Hobbes fue un autor paradójico, a veces francamente desconcertante. En el "Leviathan", su obra más conocida sobre la política, lleva hasta sus últimas consecuencias el carácter absoluto del poder. Pero en otros escritos suyos se muestra como un hombre de buenas intenciones que quiso que hubiera paz y que se viviera el derecho y la justicia, pues, como él explica, "The safety of the people is the supreme law". Bajo el nombre de seguridad, debe entenderse todo tipo de beneficios, y esos beneficios para los que se ha instituido el cuerpo político consisten fundamentalmente en la paz y seguridad de cada persona, por lo que deben extenderse igualmente al poder soberano y a cada ciudadano. La función de gobierno consta fundamentalmente de cuatro aspectos: el cuidado de la multitud, la comodidad de la vida, la salvaguarda de la paz, y la defensa contra poderes exteriores. Los ciudadanos deben gozar de la máxima libertad posible, ya que así lo ordena un "Law of nature". Y, ante todo, es necesario que cada persona tenga claramente determinado cual es su propiedad y cuales son sus bienes, con los que ha de trabajar y obtener los beneficios de su propio trabajo. En segundo lugar, el *law of nature* ordena que se distribuyan las cargas de la sociedad de forma proporcional, de acuerdo con los beneficios que cada cual reciba del cuerpo político.

Otra exigencia de la paz es la administración justa de la justicia. En un texto realmente singular, parecido a otros de un siglo más tarde, habla de la división de poderes: "Algunos, para evitar la condición de absoluta sujeción, que han llamado de esclavitud, han pensado en un gobierno mixto con tres tipos de poderes. Por ejemplo, ellos suponen el poder de hacer leyes, concedido a una gran asamblea democrática. Otro

es el poder de la judicatura, concedido a otra asamblea. Y el tercero es el poder de ejecutar las leyes, concedido a otro hombre”. Usa la tercera persona, refiriéndose a otros, a ellos, pero es su propia opinión, a juzgar por el contexto, y porque no rebate nada de lo expuesto. Quiso ser empirista y atenerse exclusivamente a la contradicción de las causas físicas que originaban el único movimiento que existe. En realidad, se nos muestra como un buen hombre que reinaran la paz y la justicia en su patria, y por esto introduce matizaciones decisivas que son muy poco empiristas y que rompen la unidad lógica de su doctrina.

(Su legado) Hobbes fue el creador doctrinal del Estado, la nueva forma de dominación y convivencia que comenzó a andar doctrinalmente en el siglo XVII y que se hizo realidad viva a partir de la Revolución Francesa. El Estado se caracteriza, frente a los modelos anteriores de convivencia, en la unidad del poder: ya no existe distinción entre los estamentos, las corporaciones, los municipios, etc. y el poder ‘civil’. Ahora existirá un poder único que dictará un derecho igualmente único, con lo que dejarán de estar vigentes el *Jus Commune*, el derecho romano, el derecho canónico y los derechos locales.

Las argumentaciones de Hobbes, que fundamentaban el poder del Estado en el vaciamiento de la propia voluntad por el contrato que daba origen a la sociedad política, era aún poco creíble: para acabar de completar doctrinalmente esta explicación de la realidad humana hizo falta la aportación de Rousseau, un siglo más tarde. Este contractualismo político estaba destinado al éxito, pues como explica Cassirer “La doctrina del Estado contractual se convierte en el siglo XVII en un axioma evidente del pensamiento político ... Pues todo misterio queda desvanecido ... No hay nada menos misterioso que un contrato. Un contrato tiene que concertarse con plena conciencia de su significación y consecuencias; presupone el libre consenso de todas las partes afectadas”. En efecto, el pensamiento que inaugura Hobbes solamente puede entender lo que él ha construido: se le escapa la noción de lo no diseñado expresamente.

Hobbes fue expresamente repudiado por los siglos XVII y XVIII, pero su método ejerció la más poderosa influencia. Él fue el que marcó la pauta de la Filosofía sensista y fenomenista que se adueñó de la Ilustración: solamente hizo falta que John Locke lo suavizara para quedar en condiciones de ser admitido por los triunfadores del siglo XVIII. Además, él estableció los patrones de la ideología liberal mediante el juego

del *jus--lex*, del *jus* primero que es libertad, y de la *lex* posterior que siempre obliga o constriñe. Fue Samuel Pufendorf quien supo aprovechar oportunamente este recurso de Hobbes, y lo puso al servicio de los derechos naturales o innatos del hombre. Es preciso López Hernández cuando explica que "Hobbes pudo elaborar una teoría del Estado y del derecho que, además de ser la primera teoría moderna por su método, por su amplitud y profundidad, constituye un punto de referencia ineludible para comprender la realidad política de los últimos siglos. Él puso los cimientos de una concepción del Estado, partiendo del análisis de los individuos hasta llegar a la definición del cuerpo político, la soberanía, las leyes y el derecho. Sobre estos cimientos siguieron edificando su teoría los demás autores modernos, desarrollando temas como la libertad, la igualdad, la democracia, la legitimidad, los derechos naturales, etc. La amplitud de su concepción hace de Hobbes un autor bifronte, no por incoherencia, sino porque la nueva época exigía un sistema conceptual que tuviera en cuenta la coexistencia de fenómenos contrapuestos, tales como individualidad y sociedad, seguridad y libertad, etc.". Debería haber añadido que estas incoherencias eran también más fuertes, ya que exigían simultáneamente el nominalismo, o el materialismo, y la existencia de derechos innatos, como vemos ante todo en Locke.

§ 28. El constructivismo jurídico-político posterior.

Locke, Gundling y otros autores expusieron, siguiendo el ambiente que había creado Hobbes, que no existen ideas innatas en la moral, sino que lo único natural, a este respecto, es la capacidad del hombre para razonar. Este razonamiento, al que debemos llamar ahora jusnaturalista, porque se desarrolló en los libros del nuevo *Jus naturale et gentium*, se presentó a modo de una teoría constructivista que tenía como punto de partida una situación ideal o natural desde la que se debía argumentar. Tal situación ideal se conseguía prescindiendo de las nociones 'comunes' que hemos recibido de nuestros padres, a través de la educación, o de los usos de la vida social, o que constituyen juicios extendidos en tiempos y lugares determinados; de este modo, desaparecidos estos prejuicios, sólo nos quedamos con los 'juicios naturales'.

Todos inician sus razonamientos desde la libertad e igualdad iniciales de los hombres en el estado de naturaleza, que es un estado o situación que presentan como evidente o de valor obvio. La forma de razonar que hay que seguir para hacer avanzar el razonamiento práctico desde esta libertad inicial es la forma matemática: "Cuando un

hombre razona, no hace sino concebir una suma total por adición de parcelas, o concebir un resto por sustracción de una suma en relación con otra. Pues la razón no es sino cálculo", había indicado Hobbes programáticamente. En este razonamiento práctico-matemático la regla fundamental es el principio de no-contradicción. Así, Gundling entendía que todas las personas saben que han de cumplir sus promesas y pactos, si no quieren llevar una vida infeliz y vivir incómodamente. Y es un loco quien hace un pacto y no lo cumple, pues no existe nada más demencial que contradecirse; la contradicción según Gundling pertenece *ad dementiam et furorem*.

Diseñaron una razón que ya no es medida por las cosas, sino que es ella misma la constructora de la vida práctica del hombre según las leyes de la mecánica, es decir, el principio de acción-reacción, y el principio de no-contradicción. Desde el estado *natural* del hombre, esto es, desde las diversas representaciones imaginativas que cada cual hizo acerca de los individuos aislados, cada autor acentuó un rasgo determinado y fundamental al hombre, que pasó a ser considerado como la tendencia fundamental de la naturaleza humana. Desde esta supuesta tendencia fundamental, cada jusnaturalista desarrolló su propia doctrina. Grocio y Pufendorf, tan distintos a veces, coincidieron en entender que el rasgo esencial de la naturaleza humana, aquello que prescribe la ley natural, es la sociabilidad y, en consecuencia, escribieron y afirmaron todo lo que les pareció oportuno bajo el pretexto del fomento de la sociabilidad; más tarde a estos autores los conocieron como los 'socialistas', en virtud de este principio adoptado.

Lo realmente singular estuvo en que todos estos autores se remiten a una noción de la *natura hominis*, que suponen acabada o por lo menos suficiente para sus fines, como el pozo inagotable desde el que podemos obtener todas las normas de conducta. Ciertamente, entre la actitud metafísica de Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Suárez (que fueron los iniciadores de esta tendencia), y el nominalismo que invade la *Juris Naturalis Disciplina* de la mano de Samuel Pufendorf y sus discípulos, hay diferencias notables. Pero en este punto más pragmático estuvieron de acuerdo: todos ellos afirmaron una *pura natura hominis* que es tan refractaria a Dios como a la Historia. La noción griega de praxis, que implicaba volver sobre los propios pasos para rehacer continua y contingentemente lo ya hecho para hacer mejor lo que hacemos ahora, le es ajena. Hegel recabó, expresamente frente a ellos (que personificaba en Kant) la figura del círculo como la más adecuada para describir la vida del hombre. Pero los dados estaban echados para los siglos XIX y XX, y desde entonces las teorías sobre la justicia

y el derecho natural han ido asociadas a alguna teoría sobre la naturaleza humana. Sucedió como si a estos autores (normalmente filósofos, no juristas), les resultara humillante que la Filosofía buscara lo que no era capaz de descubrir, de forma que el presupuesto inicial constituyera realmente el problema.

La Edad Moderna dijo poner su confianza en el método, y éste había de ser matemático-deductivo. Tal tipo de método resultó inviable en la ciencia práctica, según demostró ya el mismo siglo XVIII con las disputas de base entre los jusnaturalistas que decían seguir el mismo método pero situaban 'principios únicos' distintos y llegaban a resultados también diferentes, y el problema que se presenta al investigador de hoy es, ante todo, el de la sinceridad de aquellos teóricos del derecho. Nadie duda de que Hobbes, a su modo, sí procedió de forma rigurosa. Pero, Grocio, Pufendorf, Thomasius, Locke, Gundling, etc., ¿hicieron lo mismo? El primer inconveniente que encuentra el lector de estas obras, son las contradicciones internas de cada cual: Grocio explica en los *Prolegomena* de su "De jure belli ac pacis" que en las verdades prácticas existe la misma necesidad que en los desarrollos matemáticos. Pero después, en esta misma obra, se suele remitir al pacto que dio origen a cada relación jurídica que él considera, y desaparece de la vista tal necesidad moral: en su lugar entra la voluntad de los que han pactado. Pufendorf tiene varias lecturas para un mismo lector: de un lado, habla de unos *entia moralia*, que sólo son los mandatos contingentes de Dios al hombre; de otra parte hace suyo el juego de *jus seu libertas--lex quae constringit* que ya expusiera Hobbes. Si queremos enterarnos de lo que realmente propusieron, más vale dejar de lado las declaraciones sobre sus propios métodos y atenerse a los puntos de anclaje reales de sus argumentaciones, que frecuentemente son diversos aún en un mismo autor.

(Las síntesis a priori como forma científica de proceder) Esta nueva forma proceder, llamada *mos geometricus*, se desarrolló mediante *síntesis a priori* que escondían *definiciones genéticas*. Utilizo la extraña expresión de síntesis a priori porque este modo de trabajar requería situar en el comienzo de la argumentación un dato que tanto era positivo como negativo. Era positivo porque afirmaba la existencia de individuos en el estado de naturaleza; era negativo porque, por la sola presentación de estos individuos, el autor constructivista introducía una carencia necesariamente presente en esas personas así entendidas; se trataba de una sola carencia, igual para todos los hombres: reitero que esta unidad de perspectiva era imprescindible. Lo normal

fue entender que los hombres aislados en el estado de naturaleza eran autónomos y libres (momento positivo) pero que vivían con poca seguridad por carecer de un poder común (momento negativo). Luego la fuerza de esos hombres libres *debía* empujarles a constituir un poder común. Desde la índole de los hombres ya presentados, y desde el carácter de la carencia o necesidad propia de estos hombres, cada autor *construía*, paso a paso, fundamentando cada teorema en el contenido (carencial) propio del teorema anterior. Por eso se dice que fueron desde el punto a la línea, de ésta a la figura.

Hoy, el lector de Rawls y de Habermas –que también usan este método constructivo- pasa por un proceso psicológico interesante: cree comprender estos libros cuando está en condiciones de recorrer sin grandes dificultades el proceso de ida y vuelta que es propio de una síntesis a priori: ha entendido finalmente la médula de la propuesta doctrinal que estudia, y se regocija porque él cree que ha comprendido estas teorías. Se le escapa que solamente ha reconciliado en él mismo el desarrollo argumentativo de estas obras con la imagen que le ofrecen estas explicaciones anticipadamente. Ferdinad de Saussure nos explicita este mismo hecho desde otro punto de vista: "La imagen gráfica de las palabras nos impresiona como un objeto permanente y sólido, más idóneo que el sonido para constituir la unidad de la lengua a través del tiempo. Aunque este vínculo sea superficial y cree una unidad puramente científica, es mucho más fácil de captar".

La ciencia del derecho acusó inmediatamente este cambio de la mentalidad científica. Desde el siglo XVI los juristas estaban abrumados por los reproches de los Humanistas, y pareció que había llegado el momento de romper con el proceder inquisitivo y detallista propio del jurista y situar en su lugar un solo cuerpo metódico que creara sus objetos al mismo tiempo que desarrollaba el método. Ya no mandarían más ni los hombres distintos ni los objetos diversos, sino la razón universal, siempre exacta, que nos proporcionaría un conjunto de reglas tan evidentes y precisas como el propio proceso racional. Es casi innecesario recordar que ese proceso racional consistía en imaginar a los hombres aislados, etc.

Ésta era la entraña del nuevo *mos geometricus seu arithmeticus* aplicado al derecho. En la física estaba consistiendo ante todo en despojar a los objetos de sus cualidades secundarias para reducir su estudio sólo a lo que pudiera ser conocido según peso, número y figura, a lo que llamaron 'cualidades primarias': ésta era una exigencia básica en Descartes y Galileo. Aplicada al derecho, significaba que el nuevo jurista

había de dejar de lado las *qualitates* (la de ser padre o hijo, propietario o arrendador, porque éstas serían cualidades secundarias) para considerar únicamente voluntades individuales aisladas: éstas serían las 'cualidades primarias' de la nueva ciencia sobre la justicia. Tenían disponibles los materiales para la construcción, pues la figura romana del *status naturae* les brindaba la posibilidad fácil y sin estridencias para hacer una nueva ciencia jurídica que partiera desde esta consideración individualista.

La descripción del individuo aislado compuso la primera parte de muchos tratados de derecho natural, llamada "Derecho natural absoluto". La segunda parte era llamada "Derecho natural hipotético" porque estaban redactadas bajo la hipótesis de que los hombres contrajeran matrimonios, que formaran una sociedad familiar, o política, etc. La continuidad metódica funcionaba perfectamente, porque el único patrimonio del hombre aislado era su voluntad libre, y precisamente mediante el ejercicio de esta voluntad libre creaba la sociedad política y, más tarde, la familia y todo el orden jurídico. Todo el derecho natural procedía desde un único nervio –el *prosilogismo* de los escolásticos- que servía tanto para explicar la formación de la sociedad política y sus leyes como las sociedades 'adventicias'. Fue la edad de oro de todo tipo de doctrinas contractualistas, unas más coherentes con este nervio universal, otras apartadas de él solamente en parte.

El *mos geometricus* no tuvo, sin embargo, nada de diáfano. Los nuevos jusnaturalistas, una vez que, obedeciendo a la mentalidad que encarnó Descartes, habían suprimido las *qualitates secundariae*, consideraron el yo-tú-él, y obtuvieron así un agregado simplemente aritmético: la *multitudo*, el *populus* o *coëtus*. Pero ¿acaso en el pueblo no hay padres e hijos, empleadores y empleados, y la afirmación de la objetividad de la relación paterno-filial o de la contratación no es tan exacta como la individualidad del hijo o del padre o del empleado y de su empleador? No respondieron a esta pregunta: como consideraban unidades aritméticas, iguales por definición, sólo contestaron que por naturaleza nadie tiene un privilegio para dictarle la conducta a otro.

Renato Descartes no propuso expresamente ninguna teoría de este nuevo derecho natural. Pero él volvió desinhibidos a los teóricos de la sociedad política y jurídica, porque la forma magnífica como su mecánica se imponía sobre la mecánica de Aristóteles y en general de los escolásticos, animó a varias generaciones a emprender un camino que chocaba con la evidencia, pero que había demostrado –en la pluma de Descartes- su mayor utilidad. Se hizo realidad lo que explica Solari: "El cartesianismo,

extrayendo el saber del fondo mismo del espíritu, de algunas ideas simples y claras contenidas en él, ofreció el medio de dar un nuevo fundamento al derecho objetivo y subjetivo”.

§ 29. John Locke (1632-1704).

Hobbes fue demasiado rotundo y coherente. Ciertamente, dio a buena parte de su época lo que ella demandaba, pero la forma en que lo expuso hizo que su doctrina fuera expresamente rechazada, a causa, fundamentalmente de su materialismo y consiguiente ateísmo. Pero el siglo XVII se fue convirtiendo en la cuna del ateísmo, y lo que parecía demasiado fuerte hacia 1640, era más admisible cincuenta años después. El tono apologético de la Fe cristiana que toman los “Pensamientos” de Pascal nos muestra hasta qué punto, a finales del siglo, había crecido el número y la influencia de los que exigían una interpretación mecanicista de la naturaleza y del hombre. Exponer una doctrina así fue la tarea histórica de John Locke.

Locke fue médico de profesión, preceptor en la casa de los Condes de Shaftesbury, y estuvo dotado de una fuerte formación escolástica. Desde la extensión de la mentalidad que corporeizó Descartes en sus obras, habían cambiado muchas cosas y se habían facilitado otras extraordinariamente. Todavía Hobbes tuvo que hacer muchos esfuerzos por explicar los fundamentos de su Filosofía, pero lo que era nuevo en 1640, estaba de moda en 1690, y podríamos decir que, en cierto modo, Locke fue oportunista, porque combinó incongruentemente, pero con gran éxito, la teoría de los derechos naturales innatos con una doctrina materialista y mecanicista del hombre. Fue el gran triunfador de la Ilustración.

Él recoge la tesis más básica de Descartes y de la teoría de la nueva ciencia (el *método científico*) y considera solamente ‘cualidades primarias’ de los cuerpos en el espacio. “Llamo cualidades originales o primarias de los cuerpos a aquellas que observo que producen ideas simples en nosotros, como son la solidez, la extensión, la figura, el movimiento o el reposo, y los números”. Las cualidades secundarias no son nada en los objetos mismos, sino poderes (*powers*) que producen sensaciones en nosotros a través de las cualidades primarias. Porque “La figura particular, el número, la figura y los movimientos del fuego, o de la nieve, existen realmente en ellos, sean percibidos o no por los sentidos, por lo que podemos llamarlos cualidades reales, porque existen

realmente en los cuerpos”. Los números miden todo lo que el hombre puede medir. Como podemos observar, los sentidos tienen una función ante todo pasiva, del mismo modo que en Hobbes, porque las impresiones les llegan no por su propio poder, sino por el *power of things*.

(Dos negaciones básicas: las sustancias y las ideas innatas) Locke operan continuamente dos tesis: una es la negación de los principios innatos, ya sean teóricos o prácticos; y la otra es la de la negación del conocimiento de las ‘sustancias’, porque los números nos muestran solamente magnitudes, no ‘cosas’. Él explica que el filósofo indio cree en las substancias, porque el elefante soporta al hombre, el mundo soporta al elefante y una tortuga soporta el mundo. El filósofo europeo procede igual, porque cree en las substancias, que soportan los accidentes, y no sabe de lo que habla. De hecho, en esta confusión lingüística, llaman substancias a Dios, a las almas, a los cuerpos. Debemos confesar que nos es desconocida la sustancia de los cuerpos. Si no podemos conocer lo que son las cosas, mucho menos conoceremos su cualidad moral, y vemos cómo en las convicciones morales domina el relativismo histórico y geográfico.

Unas continuamente el término idea: pide perdón por el uso de esta palabra, que él usa por simple comodidad, como sinónima de cualquier contenido mental. Su formación escolástica se nos revela una vez más cuando explica que las ideas son *modos* (otra vez la terminología de los Nominales y de Pufendorf), y las ideas compuestas son modos compuestos. Ha sido interesante la evolución del uso de la noción de modo, que fue recuperada por Pufendorf y Locke para hacer viable -escolásticamente- su nominalismo. Un modo es lo que no existe por sí, sino adherido a una sustancia. Si Locke ha rechazado la posibilidad misma de hablar de substancias, debería eliminar igualmente el uso de la categoría modal.

La suya es una Filosofía extremadamente razonada, muy argumentativa, en la que todo paso es explicado, de forma frecuentemente reiterativa y pesada, desde la premisa anterior. Nos dice, en este tono, que los sentidos nos proporcionan ideas particulares, que decoran un gabinete vacío; la mente crece familiarizándose con algunas de ellas, que son alojadas en la memoria, y busca nombres para ellas; más tarde, la mente las vuelve abstractas, y gradualmente aprende el uso de los nombres generales. Estamos ante un proceso cuya génesis sería la siguiente: los cuerpos y sus poderes, la impresiones que los cuerpos hacen en los sentidos, cómo estas impresiones alcanzan la

mente, su almacenamiento en la memoria, el otorgamiento de los nombres a cada una de ellas y, finalmente, el proceso abstractivo que permite usar ideas abstractas o generales. Todo ello explicado con mucho rigor y detenimiento.

Indicaba que su otra gran preocupación fue la negación de los ideas innatas. Sucedía que aquellos ilustrados entendían que el elemento peculiarmente teológico de la ley natural (la ‘participatio’ de la razón humana en Dios) estaba constituido por ideas innatas. Esto no es cierto referido a la Edad Media, porque Tomás de Aquino y Duns Scoto no entendieron los primeros principios de la razón práctica como ideas o principios innatos. Pero Descartes habló mucho de las razones seminales, es decir, de ciertas tendencias y principios que Dios ha colocado naturalmente en nosotros, y esta mentalidad fue más allá en sus muchos discípulos que llenan el siglo XVII. De forma que Locke se ocupó extensamente de tales ideas de forma reiterativa. Su tesis es muy simple: no existen ideas innatas en el hombre, y como nadie puede demostrar que existen, tampoco es posible proporcionar argumentos contra su existencia. No admite ningún principio teórico ni práctico, ni siquiera el principio de no contradicción. Como la conciencia moral estaba entonces muy vinculada a los principios innatos, concluye que tampoco el hombre tiene conciencia moral de forma innata.

(La intuición humana: el origen de las ideas) Él entiende que las ideas humanas han sido adquiridas por cada cual por sensación y posterior *reflection*. Cada experiencia sensorial nos produce una idea simple, y una vez que tenemos en la mente varias ideas simples, ellas se combinan de infinitas maneras y dan lugar, mediante la “Reflection of the mind”, a las ideas compuestas.

Las ideas simples son los elementos atómicos del pensamiento. Estas ideas son solamente los efectos del ‘poder de las cosas’, y ellas son adecuadas realmente a estos poderes. Repite con insistencia la expresión ‘poderes de las cosas’ porque quiere dejar claro que los sentidos y la razón del hombre son puramente pasivos; en realidad, no existen ni tales sentidos ni la razón humana como realidades autónomas frente al resto de la realidad, sino que solamente existen las cosas que nos impresionan a través de los sentidos. Además de la adecuación perfecta entre la cosa y la idea, le era preciso añadir que la intuición sensorial es siempre irresistible, esto es, que el hombre no puede dejar de percibir cuando realmente percibe algo. Como la realidad es una sola (una tesis

necesaria a todo materialista), los poderes de las cosas no son distintos o diferentes: todos tienen la misma naturaleza.

Las ideas simples son acumuladas en la mente o memoria, y allí son combinadas por la capacidad de *reflection*, y originan así otras ideas. Pero si la mente, o razón, es una facultad autónoma, tendríamos una realidad distinta de las percepciones, y esto se opone al dogma de la unidad de lo existente. Explica que las ideas adquiridas 'by reflection' son provocadas por causas extrínsecas a esas ideas y a la propia mente. En realidad, no sabemos qué es la mente y qué es razonar. Del mismo modo que Hobbes, concibe al pensamiento como un fluido que es tal por ser continuo y coherente: "Las ideas primarias que tenemos de un cuerpo, como contradistinto del espíritu, son la cohesión de lo sólido y, consecuentemente, de partes separables, y del poder de comunicar el movimiento mediante impulsos. Yo pienso que éstas son las ideas originales propias y peculiares del cuerpo". Cuando escribe estas líneas no está disertando sobre la Filosofía de la física, sino sobre el razonamiento humano. Si pensamos la cohesión de las partículas del aire –escribe él a propósito del pensamiento humano- los poros de estas partículas las conectan entre sí, e inciden en ángulos distintos las unas sobre otras, dando origen a gran diversidad de figuras. El pensamiento o razón, que es un cuerpo más, participa de las cualidades necesarias a todo cuerpo, a saber, la cohesión y la continuidad. "Otra idea que tenemos del cuerpo es la del poder de comunicar el movimiento mediante impulsos, y en lo que respecta al alma, el poder de excitar movimientos a través del pensamiento. La experiencia cotidiana nos informa sobre estas ideas, una del cuerpo, otra del alma ... que, ya consideremos el movimiento y su comunicación en el cuerpo y en el espíritu, la idea que pertenece al espíritu es más clara que la que corresponde al cuerpo".

El tratamiento del pensamiento o razón como un 'cuerpo' le da ocasión de exponer su visión de la realidad. La idea de solidez que recibimos por el tacto surge desde la resistencia que encontramos en los cuerpos, y es la idea, entre todas, cuya sensación recibimos más constantemente. También Hobbes mantenía que las ideas nacen en nosotros por la resistencia que oponemos a las sensaciones. La idea de solidez es distinta de la idea de espacio, pues un hombre que percibe dos cuerpos distanciados, que se aproximan uno a otro, recibe esta sensación sin tocar o desplazar ningún cuerpo sólido. Pero tras la crítica de Descartes a la noción clásica de la Mecánica, con sus explicaciones nuevas acerca del espacio, tiempo y movimiento, a Locke le resulta fácil

negar que exista el espacio al modo antiguo. “Nuestra idea <del espacio> no es otra que la de la relativa posición de cada cosa ... Yo pienso que esto es claro, y que lo admitiremos fácilmente si consideramos que no puede haber una idea del espacio en el universo ... porque tras ella no tenemos la idea de un ser fijo, distinto y particular, en referencia al cual podamos imaginar una relación de distancia; sino que detrás de esta idea sólo hay un espacio o extensión uniforme, en donde la mente no encuentra variedad ni señales”.

Las ideas generales provienen del ‘trabajo del pensamiento’, y de este trabajo resultan también las verdades matemáticas. Porque el pensamiento dispone de una capacidad para abstraer que forma estas ideas tan especiales. De hecho, la idea de sustancia proviene de una combinación de ideas simples. Pero tenemos el derecho de preguntar si existe la razón como una facultad que aporta el hombre y por ello no reductible a las sensaciones. La doctrina de Locke oscila entre dos extremos: de un lado, ha de mantener que la razón no puede ser nada distinto de las sensaciones, si es que quiere ser fiel a su empirismo; por ello explica que las ideas complejas son siempre verdaderas, pues carecen de cualquier referente, y que el poder del hombre no alcanza más allá de ‘componer y dividir’ ideas simples. Del otro lado, reconoce que la razón es una facultad que nos conduce desde lo conocido hasta lo desconocido, a través de teoremas y demostraciones, y que en cada paso de la argumentación ha de haber una evidencia intuitiva. No explica estas diferencias en su explicación de la racionalidad.

(La libertad) Si el ser humano es un simple momento de un devenir único, no es posible hablar de libertad. Pero la actitud aparentemente conciliadora de Locke no le permite establecer directamente una tesis como ésta. Él manifiesta en un primer momento que la libertad consiste en hacer u omitir de acuerdo con la determinación o pensamiento de la mente, y ya ha indicado que el hombre realiza dos tipos de acciones, la *perception or thinking* y la volición *or willing*. Pero es a partir del capítulo 21 del *Book* II cuando trata extensamente este tema en un tono especialmente argumentativo y hasta cierto punto coloquial.

¿Por qué no es libre una bola de tenis? Si el puente se rompe y un hombre cae al agua, tampoco ese hombre es libre. Además, hacemos voluntariamente cosas que no queremos. Puede resultar que un hombre tenga el baile de San Vito (*choreas sancti viti*), y esto tampoco es voluntario. Todos observamos que tenemos en la mente ideas que no

queremos tener, por lo que no somos libres para pensar o dejar de hacerlo. Sucede en realidad que la cuestión acerca de la libertad del hombre, así planteada, es absolutamente impropia, y preguntarle a un hombre si es libre es como preguntarle si duerme con suavidad, porque la libertad es tan poco predicable de la voluntad como la suavidad del movimiento del sueño. Es manifiesto que la voluntad no es más que un poder o capacidad, y la libertad es otro poder o capacidad, por lo que preguntar si la voluntad es libre es como preguntar si un poder tiene otro poder. La cuestión es demasiado grande, y es absurdo esperar una respuesta a esta pregunta, pues ¿quién no ve que los poderes solamente pueden pertenecer a un agente, que son atributos de substancias, y que no podemos hablar de los poderes por sí mismos? Pero ahora sí recurre a la noción de sustancia.

Su tesis de fondo es que la voluntad, de la que podríamos predicar la libertad, no es una facultad aislada, sino que corresponde a todo el hombre. El hombre come y hace la digestión: ¿Podemos hablar de la facultad de comer y de hacer la digestión? No hay que plantearse si la voluntad es libre, “But wheter a man be free”. Con una argumentación que no es precisamente un monumento a la claridad, explica que cuando existe una idea presente a la mente y a la voluntad, que se le propone al hombre para hacerla, él no es libre, porque no puede evitar querer la existencia o no existencia de esa acción, por lo que es absolutamente necesario que quiera una cosa u otra: no tenemos libertad para elegir o no elegir, y desde el momento en que el hombre debe seguir necesariamente una de las dos opciones “Is under the necessity and so cannot be free”, porque a menos que la necesidad y la libertad puedan coexistir, el hombre no puede ser libre sin más ni más. Da a entender que la libertad sería un predicado de la voluntad, pero un predicado que se refiere también a la misma voluntad, y entonces habría que preguntarse: ¿Acaso el hombre puede querer lo que quiere? Ciertamente, hablamos de la persona, que es un término que parece conllevar la nota de la libertad; pero el de persona es solamente un término forense.

(La ley natural) Locke nos dice que “Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cual es el estado en el que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad

de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona". "Pero, aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia ... esa libertad no le confiere el derecho de destruirse a sí mismo, ni siquiera a alguna de las criaturas que posee ... El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna ... La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, libertad o posesiones". Estas tres últimas palabras nos dan la clave del contenido de la ley natural en Locke: vida, libertad y propiedad privada.

Locke fue el primer autor conocido de nuestra cultura que popularizó que la propiedad privada de las cosas era un derecho natural, o innato, del hombre. Esta tesis la había sentado cuarenta años antes Juan (Cardenal) de Lugo, pero permaneció en los ámbitos escolásticos. Reitero que hasta entonces, diversos juristas habían entendido que la propiedad privada se fundamentaba en ese sector del derecho natural que viene creado contingentemente por las necesidades de los hombres en la historia, como mantuvieron, entre otros, Alberto Bolognettus, François Conan, o Pierre de La Grégoire, en la segunda mitad del siglo XVI; no era un derecho innato del ser humano, sino una institución exigida por las necesidades históricas actuales, de forma que si cambiaban las circunstancias y las necesidades eran distintas, la propiedad dejaría de estar fundamentada en el derecho natural. Locke, en el marco de la Escuela del Derecho Natural Moderno, proclamó que el derecho a ser propietario era un derecho innato o absoluto del ser humano.

Dedicó mucha tinta a la libertad personal: "De ahí se deduce que si alguien trata de colocar a otro hombre bajo su poder absoluto se coloca con respecto a éste en un estado de guerra ... La única seguridad que yo tengo de mi salvaguardia consiste en libertarme de semejante fuerza, y la razón me ordena que tenga por enemigo de esa salvaguardia mía a quien intenta arrebatarme la libertad que constituye mi única muralla defensiva". En esta cita observamos otra nota fundamental del derecho en Locke: su carácter defensivo, penalista o negativo, puesto que es función de la ley (Locke tampoco distingue entre ley y derecho) castigar las transgresiones del *jus* inicial. Para él, "La libertad natural del hombre consiste en no verse sometido a ningún otro poder superior sobre la tierra, y en no encontrarse bajo la voluntad y la autoridad legislativa de ningún otro hombre". La ley natural solamente otorga libertades, y esta libertad en general se

fundamenta en el hecho de que el hombre está dotado de razón: la misma justificación que daban los escolásticos.

La ley natural es la ley del hombre, tan máximamente objetiva que, así como obliga a todos, faculta también a todos para obligar a que se cumpla, de modo que "Para impedir que los hombres atropellen a los demás, que se dañen recíprocamente, y para que sea observada la ley de la naturaleza, que busca la paz y la conservación del género humano, ha sido puesta en manos de todos los hombres, dentro de ese estado (se refiere al estado de naturaleza) la ejecución de la ley natural; por eso cualquiera tiene el derecho de castigar a los transgresores de esa ley". Sigue las ideas vulgares de la época que entendían que por naturaleza nadie tiene poder sobre otra persona, y añade que tal poder lo tiene el hombre "Únicamente para imponerle la pena proporcionada a su trasgresión, según dicten la razón serena y la conciencia; es decir, solamente en cuanto pueda servir para la reparación y la represión. Éstas son las dos únicas razones por las que un hombre puede infligir a otro un daño, y a eso es a lo que llamamos castigo". Un lector crítico diría que desde el propio derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad no se sigue el poder de corregir a los demás. Pero los lectores de Locke estaban poco preocupados por la coherencia: la obra de Locke estaba destinada al éxito porque afirmaba la libertad individual y la propiedad privada, y si con aquella se favorecía la causa antiabsolutista, con ésta fundamentaba el capitalismo que ya existía en Europa, y que aún carecía de suficiente justificación doctrinal. Locke fue su primer gran fundamentador, y hoy domina la impresión, entre los historiadores de la teoría económica, que la Economía política hecha por Locke fue de mejor calidad que la de Adam Smith, que apareció cincuenta años más tarde.

(La sociedad civil) Su obra política tiene un tono combativo, porque él ataca las pretensiones de la monarquía absoluta en nombre del liberalismo librecambista que estaba comenzando a triunfar de hecho en el Reino Unido. No era un rebelde, ni un atrevido: se colocó descaradamente a favor del mejor viento, y de ahí su insistencia en la libertad individual, que era simultáneamente insistencia en la libertad de los propietarios: "Por eso afirmo que cualquiera que sean los errores que se cometan sobre este punto, que la finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla". Esos errores a los que alude eran las críticas al binomio, típicamente liberal, del "*Jus* o libertad---*Lex*, que obliga". Él está íntegramente

de acuerdo en el planteamiento liberal (fue uno de sus mayores fundadores doctrinales), pero no asume las críticas. Es notable que mientras niega filosóficamente la existencia de la libertad, la apoya sin ningún tipo de tapujos cuando se trata de la acción política y económica.

Una vez constituida la sociedad civil mediante un contrato, todos quedan igualmente sometidos a las leyes. Locke habla muy poco del pacto o contrato fundacional de la sociedad, y es que él ya es un autor ilustrado, y en el siglo XVIII sonaba descaradamente a antigualla hablar del contrato social. La insistencia de Locke en el igual sometimiento a las leyes surge desde su deseo de evitar el despotismo, que lo entiende como quedar bajo la arbitrariedad ajena: “La libertad del hombre en sociedad consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado ... es decir, la facultad de seguir mi propia voluntad en todo aquello que no está determinado por esa regla; de no estar sometido a la voluntad inconstante, insegura y arbitraria de otro hombre”.

Locke defiende abiertamente la forma democrática. Como es consciente de que nunca habrá unanimidad, sostiene sin más argumentos que la voluntad de la mayoría es siempre vinculante: “Todos cuantos consienten en formar un cuerpo político bajo un gobierno, aceptan ante todos los miembros de esa sociedad la obligación de someterse a la resolución de la mayoría, y dejarse guiar por ella; de otro modo nada significaría el pacto inicial por el que cada uno de los miembros se integra con los demás dentro de la sociedad, y no existiría tal pacto si cada miembro siguiera siendo libre”. Pues “Al reunirse los hombres por primera vez para formar un poder civil, la totalidad del poder de la comunidad radica naturalmente en la mayoría de ellos”. En el Estado se entra y se sale voluntariamente: “Nadie puede hacer a un hombre miembro o súbdito de un Estado sino su ingreso en él por compromiso positivo, promesa expresa y pacto”. Pero matiza esta voluntariedad fuertemente porque hace depender la condición de ciudadano de la condición de propietario: “Ahora bien: no teniendo el gobierno jurisdicción directa sino sobre la tierra, y no alcanzando esa jurisdicción al poseedor de la misma ... sino mientras vive en dicho Estado y disfruta de dichas tierras, la obligación que tiene por el disfrute de vivir sometido al gobierno empieza y acaba con ese disfrute”. Ésta fue una mentalidad que se extendió ampliamente en el siglo XVIII, y un buen sector de los discípulos de Kant seguían manteniendo, a comienzos del siglo XIX, que la condición de sujeto del derecho dependía de la de propietario.

(Las propiedades individuales) Locke afirma que “Todos los hombres nacen con un doble derecho. El primero es de libertad sobre su propia persona, y ningún otro hombre tiene autoridad sobre ella, porque en cada hombre reside la libre disposición de la misma. El segundo es el derecho de heredar con sus hermanos los bienes de su padre, antes que ninguna otra persona”. Entonces (él publica su “Segundo tratado” hacia 1690) era evidente a todos –por así decir- que naturalmente reinaría la *Communis omnium possessio*, y que la propiedad privada, con lo que implica de exclusión egoísta, era opuesta a la equidad del derecho natural. Lo procedente es preguntarse: ¿Cómo llega el hombre a ser propietario? La argumentación de Locke sobre este punto es francamente tortuosa, porque él no podía afirmar sin más que todo hombre nace con el derecho a poseer bienes privadamente sin limitación en la cantidad de esos bienes: hubiera chocado de forma excesivamente brusca con lo que entonces era una tradición dos veces milenaria.

Comienza explicando que “Dios, que dio en común la tierra a los hombres, les dio también la razón para que se sirvan de ella de la manera más ventajosa para la vida y más conveniente para todos”. Líneas más adelante escribe que “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sirven en común a todos los hombres, no es menos cierto que cada hombre tiene la propiedad de su propia persona”. Sitúa el tema en los límites en que lo había dejado Luis de Molina, quien también hablaba de la propiedad sobre el propio cuerpo y los propios actos. En un tercer momento añade que “Podemos también afirmar que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también verdaderamente suyos. Por eso, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es suyo; y, por ello, lo ha convertido en propiedad suya ... Siendo el trabajo o el esfuerzo, propio e indiscutible del trabajador, nadie puede tener derecho a lo que resulta después de esa agregación”.

Parecería que el título de la propiedad es el propio trabajo, ya que, como expresa en una metáfora más literaria “Aunque el agua que mana de la fuente es de todos, ¿quién puede dudar de que la recogida en un recipiente pertenece al que lo llenó?”. Si la causa (en sentido romanista) de la propiedad es el trabajo, las propiedades vendrán simultáneamente limitadas por esa causa: “El hombre puede apropiarse de las cosas por

su trabajo en la medida exacta en que le es posible utilizarlas con provecho antes de que se echen a perder. Todo aquello que excede a ese límite no le corresponde al hombre”.

Faltaban todavía dos pasos lógicos más: uno, que la propiedad también recae sobre la tierra; el otro, que cualquiera puede poseer tierras sin limitación. Con respecto al primero, Locke escribe que “Sin embargo, el objeto principal de la propiedad no lo constituyen hoy los frutos de la tierra ... sino la tierra misma ... yo creo evidente que también en ese aspecto se adquiere la propiedad de igual manera que en el anterior. La extensión de tierra que un hombre labra, planta, mejora, cultiva, y cuyos productos es capaz de utilizar, constituyen la medida de su propiedad”. Locke recurre frecuentemente a Dios, cosa que no hizo Tomás de Aquino. Y es, además de contrarrestar su fama de ateo, tiene que fundamentar cosas muy nuevas y nada fáciles, con lo que ha de hacer hábiles transacciones entre lo viejo y lo nuevo. Escribe, cuando usa el tono como clerical, que “Dios ha dado el mundo a los hombres en común; pero, puesto que se lo dio para beneficio suyo ... no es posible suponer que Dios se propusiese que ese mundo permaneciera siempre como una propiedad común y sin cultivar”. Él sabe que esta argumentación es mentirosa en el marco de su obra, pues poco antes explicó que “Tenemos como ejemplo las dehesas comunes, que siguen siéndolo por convenio expreso; la propiedad de sus frutos se inicia con el acto de recoger los que son comunes, sacándolos del estado en el que la naturaleza los dejó”. En esta misma línea añade que “Vemos, pues, que poner la tierra en labranza, cultivarla y adquirir su propiedad constituyen operaciones unidas entre sí. La una daba título a la otra. De modo que, al ordenar Dios el cultivo de la tierra, daba al mismo tiempo autorización para apropiarse de la cultivada”.

El trabajo parece ser tanto el título como la medida de este nuevo capitalismo: “Tampoco es extraño que la propiedad del trabajo de cada hombre pueda sobrepasar en valor a la comunidad de tierras, porque es el trabajo, sin duda alguna, lo que establece en todas las cosas la diferencia de valor ... Yo creo que es quedarse muy corto en el cálculo afirmar que nueve décimas partes de los productos de la tierra útiles a la vida del hombre, son consecuencia del trabajo. Más aún: si valoramos debidamente las cosas, tal como nos llegan para consumirlas, y sumamos los gastos realizados hasta entonces, es decir, lo que hay en ellas debido exclusivamente a la naturaleza, y lo debido exclusivamente al trabajo, descubriremos que en la mayoría de tales productos, es preciso atribuir al trabajo un buen noventa y nueve por ciento del total”.

Pero hace intervenir el dinero. El problema del agricultor (que es la única profesión que él tiene en cuenta para describir la génesis de su teoría económica) es que los frutos que recoge son demasiados para poder consumirlos él y su familia antes de de que se echen a perder, por lo que el agricultor buscará cambiar lo que es perecedero por algo que no lo sea, como son los metales preciosos. Lógicamente, una persona puede acumular una buena cantidad de metal precioso: “Así como se introdujo el empleo del dinero, es decir, de alguna cosa duradera que los hombres podían conservar sin que se echase a perder, y que los hombres, por mutuo acuerdo, aceptarían a cambio de artículos útiles para la vida y de condición perecedera...”. Es muy razonable que con esta mayor cantidad de dinero compre más tierras: “De la misma manera que de los distintos grados de actividad dependían las cantidades de productos adquiridos, el descubrimiento del dinero dio a los hombres ocasión de seguir adquiriendo y aumentando sus posesiones”. Para sostener esta tesis escribe que “Es evidente por ello mismo que los hombres estuvieron de acuerdo en que la propiedad de la tierra se repartiese de una manera desproporcionada y desigual; es decir, independientemente de sociedad y de pacto, porque allí donde existen gobiernos, son las leyes las que reglamentan esa posesión. Por un acuerdo común, los hombres encontraron y aprobaron una manera de poseer legítimamente y sin daño para nadie mayores extensiones de tierras de las que cada cual puede servirse para sí, mediante el arbitrio de recibir oro y plata”.

La sociedad civil existe ante todo para volver seguras las propiedades: “Tenemos, pues, que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en un Estado o comunidad, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes”. Reitera farragosamente esta idea una y otra vez, y llega a llamarla la “Ley fundamental de la propiedad”. Una cuestión que se le plantea al lector de Locke es si las leyes han de proteger la libertad, las propiedades, etc., o si el poder político existe solamente para defender el *status quo* de la repartición de la propiedad. No cabe duda de que él insiste también en la defensa de la libertad individual, pero presenta a la propiedad como el único bien humano que merece protección civil, como cuando escribe que “Esté el gobierno en manos de quien esté, quien lo detenta lo ha recibido con la condición y para la finalidad ya expuesta, es decir, para que los hombres puedan poseer con libertad sus propiedades”. Y poco antes ha indicado que “En tercer lugar, el poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste, siendo la defensa de la propiedad la finalidad del gobierno, y

siendo ése el móvil que nos llevó a entrar en sociedad”. Pues “El sargento, que tiene autoridad para hacer avanzar al soldado hasta la boca de los cañones, o situarlo en una brecha donde morirá con toda seguridad, no puede ordenar a ese mismo soldado que le entregue un penique de su patrimonio”.

Las leyes que afecten a la propiedad, como son las que establecen impuestos, han de hacerse “Con su propio consentimiento, es decir, con el consentimiento de la mayoría, otorgado directamente por sus miembros, o indirectamente por los representantes que la mayoría ha elegido. Quien reivindicase para sí el derecho a señalar impuestos a la población, y los cobrase por su propia autoridad, sin el consentimiento de esta última, violaría la ley fundamental de la propiedad y subvertiría la finalidad del gobierno”. Los impuestos han de ser proporcionales a los recursos de cada cual.

La lectura del “Segundo ensayo” de Locke deja la impresión de que, ante todo, la doctrina política ha de defender las propiedades tal como se encuentran repartidas hoy, y que es función de cualquier gobierno asegurar el disfrute de esas propiedades, de modo que la libertad de los ciudadanos sería una simple función de la libertad en el uso de las propiedades privadas. Interesa la libertad individual porque sin ella no se podría defender la libertad en el disfrute de la propiedad. Ya hemos visto que vincula la condición de sujeto de derecho a la de propietario, y cuando trata de la finalidad de la patria potestad, le asigna la única finalidad de la defensa de la propiedad: “Quien se ponga a meditar en la diversidad de origen, alcance y finalidad de estos diferentes poderes, comprenderá claramente es tan inferior en su alcance al del magistrado, como el de éste al poder despótico; y que la soberanía absoluta, cualquiera que sea, dista tanto de constituir una forma de sociedad civil, que resulta tan incompatible con ella como la esclavitud lo es con la propiedad. El poder paternal no existe sino donde la minoría de edad hace que al niño incapaz de cuidar por sí mismo de su propiedad; el poder político, allí donde los hombres no pueden disponer de sus propiedades; y el poder despótico no existe sino sobre aquellos que no tienen ninguna propiedad”.

V

EL EMPIRISMO, LA FILOSOFÍA TRIUNFADORA EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA

He expuesto sucintamente el empirismo de Hobbes y el muy extraño fenomenismo de Locke. Hobbes fue un teórico de la ciencia, simultáneamente de las ciencias naturales y humanas, ya que, como materialista no veía diferencia entre unas otras. Locke se contradijo *todo coelo* porque expuso una doctrina estrictamente fenomenista, negó consecuentemente las ideas innatas, pero exigió el máximo respeto por las propiedades tal como ya estaban repartidas: no existían ideas innatas pero sí el derecho innato a ser propietario sin limitaciones.

¿Por qué se impuso el método empirista como el único valido para cualquier tipo de ciencia, y por qué fue el triunfador desde el siglo XVIII al siglo XX? Desde un punto de vista muy teórico que ignora deliberadamente las motivaciones prácticas y personales (que parece que fueron las realmente decisivas), el prestigio sobrehumano que alcanzó el método de Newton, que pasó a ser considerado como ‘el’ método científico, llevó a las restricciones epistemológicas de los empiristas. Fue David Hume (1724-1774) quién llevó más lejos estas restricciones, y este filósofo pasa por ser el referente más universal de la filosofía empirista.

El empirismo fue la teoría de la ciencia triunfante en las Edades Moderna y Contemporánea: esta doctrina constituyó el filtro por el que fue entendida la propuesta de Newton. Se impuso arrolladoramente en el Iluminismo, quedó parcialmente desprestigiada en el siglo XIX, y volvió a imponerse en el siglo XX, hasta el punto de constituir la propuesta metódica científica más representativa de este tiempo. En el siglo XX se la conoció como Neoempirismo o Positivismo lógico.

(Es cosa singular cómo la psique humana se ajusta a los juegos más generales de la historia. El empirismo adquirió su prestigio en los tiempos revolucionarios, el siglo XVIII. Triunfó en 1789, con la Revolución. Entró parcialmente en crisis con la estabilización revolucionaria que impuso Napoleón Bonaparte. Pero cuando las monarquías tradicionales (Prusia, Inglaterra, Austria, España, Rusia) vencieron a Napoleón y se impuso la vuelta al legitimismo monárquico, se desprestigió. Al acabar la

Primera G. M., la monarquía resultó desprestigiada, en parte porque aquellos monarcas habían conducido a esa guerra (el Káiser hubo de abdicar) y en parte porque resultó una forma política nueva, el comunismo, que se alzó pronto con un gran prestigio: entonces volvió el empirismo a su pedestal hegemónico. El empirismo fue de hecho, afectivamente (por más matizaciones que se puedan hacer sobre sus diferencias con el materialismo dialéctico) la forma científica del tiempo revolucionario. Cayó con la caída del prestigio del pensamiento revolucionario, y actualmente ha quedado una mentalidad confusa que no cree en nada pero que tampoco abandona las negaciones epistemológicas sobre las que se levantó el empirismo).

Hoy, tal como están de hecho las cosas universitarias, no tiene mucho sentido discutir con los marxistas, o con los positivistas como Kelsen; tampoco tiene sentido discutir con los empiristas: ¿por qué, entonces, estas páginas? El empirismo ha acuñado el siglo XX, y los universitarios de izquierda se siguen refugiando colectivamente en la 'modestia epistemológica' propia de esta filosofía de la ciencia. Los que no somos empiristas decimos que existe la 'cosa' de la compraventa como una realidad distinta de la cosa del arrendamiento: es decir, de algún modo somos platónicos. Sobre todo, y éste es el punto capital, decimos que los seres humanos somos algo más que animales con consciencia, y que cada ser humano constituye una persona, a la que va indisolublemente unida la autonomía y la dignidad. Los universitarios de izquierdas hablan de los derechos humanos, pero jamás han afirmado que cada hombre constituya una persona.

Es tal la vinculación entre materialismo, empirismo y relativismo ético que antes de seguir adelantando conceptos, es preferible exponer los nervios básicos del empirismo, porque al desmontar una teoría sobre la ciencia aparecen diversos factores que operan igual en la teoría de los métodos científicos y en la teoría de la ética. El ser humano no tiene en su razón compartimentos estancos que le permitan pensar de una forma en la filosofía teórica (ciencias naturales) y de otro modo en la filosofía práctica (ética individual y social): vivimos entre isomorfismos.

§ 30. Desapareció la Filosofía como el "Saber por las últimas causas".

El problema teórico más fondo que desencadenó la mentalidad empirista fue el siguiente: un bioquímico nos explicará que el factor 'x' contenido en el azúcar daña las

arterias de los animales porque descompone el factor ‘y’, que está contenido en esas arterias; si le preguntamos al bioquímico que porqué es esto así, nos explicará que la peculiar estructura molecular del factor ‘x’ es incompatible con la estructura molecular del factor ‘y’, y en la pugna, el elemento ‘x’ hará desaparecer al ‘y’. La suya es una respuesta siempre necesariamente penúltima, porque lo que debería explicarnos es *porqué* la estructura molecular de ‘x’ deshace la estructura de ‘y’. Si le acosamos con esta pregunta nos dirá –posiblemente molesto- que esto es así porque esto es lo que muestra la experiencia del laboratorio.

En un plano más amplio, la conciencia científica occidental comenzó a entrar en crisis a partir del siglo XVI. Desde los orígenes de la historia, todos los hombres habían entendido que nuestro planeta era el centro de lo que existía. Teníamos la ‘bóveda celeste’, es decir, el conjunto de las estrellas que nos acompañan armoniosamente cada noche. Todas las religiones habían considerado que un lugar determinado del planeta era el centro del Universo: por ejemplo, para los hebreos, el centro era el cerro sobre el que estaba construido el templo de Jerusalén. Pero esta mentalidad va desapareciendo conforme avanzó la Baja Edad Media. ¿Desde cuando estaba convencido un sector de los científicos que la Tierra era un planeta más que giraba en torno al Sol? A menos que se descubra algún manuscrito nuevo, no tenemos respuesta a esta pregunta. Fue Galileo el primero que mantuvo públicamente que es la Tierra la que gira en torno al Sol, pero no fue original porque, decenios antes, Copérnico había hecho cálculos geométricos dejando tranquilas a las estrellas y suponiendo que era nuestro Planeta el que se movía, y obtuvo un éxito notable porque esta nueva hipótesis deshacía más problemas que problemas planteaba.

Parece que el hombre de comienzos del siglo XVII, aún antes de que Galileo estableciera sus tesis astronómicas, era pesimista porque estaba desengañado. El Barroco, a pesar de la alegría que expresan sus iglesias y catedrales, conllevó un cierto fermento de desesperanza. Un español, Sánchez, publicó un breve ensayo titulado “No sabemos nada” (*Quod nihil scitur*) y obtuvo un éxito mundial. La Tierra había pasado de ser el centro del Universo, en el que Cristo realizó la Redención, a ser considerado como un planeta más entre millones de ellos. Además –y este dato parece especialmente importante- el hombre del 1600 comienza a entender que la mente humana no tiene capacidad para entender lo que existe. Cuando Pascal escribe en sus “Pensamientos”: “Me aterran los espacios infinitos”, nos está diciendo, entre otras cosas, que el ser

humano carece de fuerza mental suficiente para entender lo que es infinito, es decir, lo que es la realidad en la que vivimos.

En las historias de la Filosofía se establece una continuidad entre Hobbes—Locke—Hume, pero muchos no tienen en cuenta que entre Locke y Hume se interpuso Newton. Pues Newton había expuesto un mundo mecánico, movido por un movimiento o inercia universal: sabemos que existe la ley de la gravitación universal, pero no sabemos por qué ni para qué existe, y lo mismo se ha de decir de la totalidad de lo que conocemos. El mundo era una máquina existente desde siempre, y los hombres del siglo XVIII solían recurrir a la figura del reloj para explicar lo que era el universo. En este maquinismo universal Dios estaba de sobre, y pronto se generalizó la expresión "Deus ex machina", Dios fuera de la máquina. El hombre, con su pretensión de libertad, era igualmente inexplicable, y debiera haberse extendido la expresión "Homo extra machinam", el hombre fuera de la máquina, pero no fue hasta la segunda mitad del siglo XX, tras la experiencias de la II G. M., cuando algunos autores (pensemos en Max Horkheimer y Theodor Adorno) denunciaron la inhumanidad de esta filosofía de la ciencia. Lo cierto es que la teoría de la ciencia, la teología y la antropología se vieron seriamente afectadas ya en el siglo XVIII por la propuesta metódica de Newton. Este inglés trató de hacer ver que su método no prejuzgaba nada sobre estos otros temas, y publicó a modo de apéndice de la segunda edición de sus "Principios" un tratado, redactado por él, de Teología natural o Teodicea. Pero la marea mecanicista ya puesta en marcha no admitía matizaciones.

§ 31. El empirismo en su pureza.

Fue David Hume el empirista que llevó a esta filosofía hasta sus últimos extremos lógicos. Para un materialista sólo pueden existir 'fenómenos', es decir, alteraciones de nuestras extremidades nerviosas: algo afecta al ojo o al oído, y entonces decimos que vemos o que oímos. Descartes había recluido al ser humano –la *res cogitans*- en el interior de sí mismo, porque había cortado el nexo de unión de la cosa pensante con la cosa extensa: no perdamos de vista que no los había distinguido, sino que los había *separado*. Igualmente, Descartes había puesto en tela de juicio la fiabilidad de los datos proporcionados por alguno de los cinco sentidos y había optado con quedarse a solas con su razón. El hombre postcartesiano se encuentra él, a solas, con su racionalidad 'interior', con capacidad para hacer matemáticas, pero incapaz de

decir algo con sentido sobre lo que es exterior a su razón: Descartes recluyó al hombre en la cárcel de su razón. Él había mantenido que cuando creemos ver un caballo realmente estamos viendo un caballo, porque Dios no permite que los sentidos nos engañen, aunque fallen a veces. Su discípulo más conocido, Malebranche, lanzó la teoría del ‘ocasionalismo’: con ocasión de tener una determinada percepción sensorial, Dios pone ante nuestra vista el caballo.

(Con Descartes y su escuela la teoría de la ciencia adquirió un sesgo teológico y confesional que no había tenido antes, y que produjo un chantaje poco recomendable: si se dejaba de creer en Descartes, se dejaba de creer en Dios, y desde el vacío teológico vino el nihilismo moral. Los peligros de este vacío moral se mostraron en Europa entre 1939-1945, y durante más años, en la Unión Soviética; para orillar estos peligros la ONU proclamó su Declaración de Derechos de 1948, pero sin ser capaz de superar las premisas empiristas. Si un filósofo del derecho no es capaz de superar las restricciones empiristas y preguntarse honestamente por qué razón tenemos derecho a la vida, a la libertad o a no ser torturados, está abdicando de su condición racional).

El problema que se estaba debatiendo era la adecuación entre nuestros contenidos mentales y la realidad ‘exterior’ a la razón. Para la filosofía anterior al siglo XVII no había existido este problema, porque los filósofos anteriores entendían que el hombre, al ver un caballo, está viendo *realmente* un caballo; sus únicas discusiones fueron en torno a la capacidad de la razón humana para formar conceptos universales sobre lo que veía, oía, etc. Pero los empiristas de la Edad Moderna, en su desencanto originado por la nueva deriva de la ciencia moderna, se atrevieron a decir que el científico solamente puede afirmar que cuando él ve un caballo, “él está viendo un algo que tiene cuatro patas, etc. ”: puede afirmar su percepción individual, pero no lo que es exterior a esa percepción, como sería el caballo en realidad.

A estos hechos, por los que vemos algo, los llamaron *fenómenos*, palabra que proviene del griego ‘faineszai’, que quiere decir, aparecer, y esta filosofía fue llamada *fenomenista* porque no iba más allá de los fenómenos. También se llama a esta explicación del conocimiento humano *sensismo*, porque ellos entendieron que el único conocimiento del hombre era el proporcionado por estas apariciones de los sentidos; la mente humana, es decir, la materia gris que llamamos cerebro, tiene la capacidad de reflexionar –*reflection*- y combina percepciones sensoriales una vez que estas

percepciones han llegado hasta el cerebro, pero no crea nada nuevo. ¿Por qué recibimos fenómenos? Estos filósofos indicaron que los fenómenos provienen del *power of things*.

Toda ciencia es un conjunto de conocimientos –de fenómenos- que están regidos por determinadas reglas: quizá la regla más importante es la de la causalidad. Pero así como ellos cuestionaron la adecuación entre los contenidos mentales que producen los fenómenos y las realidades 'exteriores' a esos fenómenos, cuestionaron también la adecuación entre las categorías fijas y universales que usa el hombre y la realidad extrasensorial. En otras palabras, el hombre percibe que al salir el sol hay luz, y que con esa luz se origina calor: un científico no-empirista diría que los rayos del sol iluminan y crean o transmiten calor. Pero un empirista no puede establecer estas relaciones de causalidad que relacionan al sol con la luz y con el calor: solamente puede decir que 'coinciden' esos tres hechos. Aunque, en realidad, esto es irracional, pues el sol no nos dice que él coincide con la luz: la categoría de la coincidencia, del mismo modo que el resto de las figuras o nociones generales, está 'puesta' por el psiquismo humano.

Uno de los principales problemas de todo profesor cuando explica el empirismo es reproducir la radicalidad de aquellos filósofos de la ciencia. Newton, que no era empirista sino positivista, había explicado que los rayos del sol transmiten calor, de forma que había una relación de causalidad entre el sol y el calor. Hume se rebeló contra este dogmatismo. Un positivista sabe que no conoce la razón última por la que los rayos del sol envían calor, pero establece una relación de causalidad entre el sol y el calor; esto era demasiado atrevimiento para un empirista como Hume, porque un positivista pone un 'plus' de fe en lo que percibe, y por ese 'plus' injustificado puede establecer la relación de causalidad entre el sol, la luz y el calor. El empirista prescinde de esta fe filosófica o científica: quiere quedarse con los datos 'puros'.

Como indiqué, el empirismo se vino abajo en el siglo XIX, aunque este momento histórico fue tan confuso que es difícil mantener alguna tesis rígidamente cuando nos referimos a él. Quizá lo menos comprometido sea afirmar que la mecánica de Newton se impuso de una forma prácticamente omnímoda, de modo que el paradigma de la máquina universal moldeó todas las cabezas, no sólo la de los físicos, ni sólo las de los universitarios, sino también la del gran público sin estudios. Por esa porosidad tan singular que hace que todos vivenciemos lo mismo, aún si haber estudiado cada tema en concreto, a la Edad Contemporánea le ha resultado 'evidente' que el mundo se compone de materia, que la materia se desenvuelve según leyes

universales y necesarias, que lo que aún no conocemos o nos resulta un misterio, resultará ineludiblemente aclarado con el progreso de la ciencia.

§ 32. El Empirismo no superó varias dificultades.

Veamos ante todo lo que se suele llamar el *solipsismo* científico. He aludido a un triple escalonamiento: en primer lugar han negado la relación entre el fenómeno y la cosa que parece que percibimos a través de ese fenómeno; en un segundo momento han negado la 'realidad' de las categorías universales con las que interpretamos lo que percibimos. Queda pendiente un tercer paso, que el tiempo mostró que era el más problemático, que es el de la unidad por igual de los fenómenos en todos los hombres. Imaginemos juntos a Thomas Hobbes y a David Hume. Ambos mantienen la formación del conocimiento a través de cuatro pasos: algo impresiona una terminación nerviosa; después, ese fenómeno producido por la presión de 'algo' con nuestra terminación nerviosa, llega al cerebro, en donde produce una marca, *mark*; en un tercer momento, el poder de *reflection* del psiquismo humano combina distintas 'marcas' y forma un determinado contenido mental: por ejemplo, la noción de aula es una idea compleja, porque se obtiene percibiendo y uniendo fenómenos relativos a la forma de una habitación, a la forma de los asientos, a la iluminación, a la idea de la docencia. En cuarto lugar –y éste es el problema que nos interesa ahora- un hombre expresa la palabra 'aula' a través de sus cuerdas vocales y todos le entienden.

Pero esto tiene mucho de misterioso: si Hobbes es presionado en una terminación nerviosa suya, si a través de sus nervios esa impresión llega hasta su masa gris de su cabeza y produce una marca, si su masa gris reelabora esa marca con otras que ya tenía, ¿qué motivo puede alegar Hobbes para mantener que Hume tiene que entenderle cuando él habla del aula? Cabalmente, Hobbes ha producido un *solipsismo*, es decir, una creación suya que la debe él a sí mismo y que no tiene valor para los demás. Hobbes mantiene que los mismos fenómenos producen las mismas 'ideas' en todos los hombres, pero esto es una incoherencia que él necesita afirmar para salvar su explicación: si hubiera sido coherente con su 'modestia epistemológica' no debiera haber expresado tal cosa.

(La imposible verificación) El método de Newton exige tres pasos en el experimento: observación, inducción legaliforme y verificación. Si un investigador realiza un experimento y triunfa en estos tres pasos, su experimento es válido. Pero el problema no se plantea en los experimentos concretos sino en las visiones de conjunto que exponen los libros de Física. En todos ellos aparecen 'saltos' que no pasan el test de la verificación. En una conversación normal alguien puede decir: "Esto es así, y de ello se sigue que…" Al llegar a este punto hay que interrumpirle y decirle: "De eso no se sigue nada. Si tú eres tan crítico y nos exiges que verifiquemos todo lo que afirmamos, verifica *eso que sigue* desde tu afirmación primera".

Los neoempiristas del siglo XX, reunidos en torno a la Universidad de Viena (pensemos en Hahn, Ayer, Neurath o Carnap), comenzaron exigiendo el cumplimiento de estos tres momentos en las investigaciones. Era un grupo de científicos distendido y amable; recientemente se había introducido en las zonas alemanas la costumbre de tomar café después de comer, y sus discusiones tenían lugar en sus casas, alrededor de una jarra de café (y contando seguramente también con alguna botella de cognac). Se encontraron en todo momento con la oposición de Karl Popper, al que llamaban "La oposición oficial". Pero pronto vieron que si exigían la verificación, todos los libros de Física han de ir a la papelera. Su lenguaje se fue volviendo progresivamente más cauteloso, y pocos años después ya no hablaban de verificación, sino de simple *verificabilidad*. La verificabilidad consistiría en poder hacer 'encajar' un dato que se supone o postula en una teoría que ya tiene prestigio, aunque ese dato no sea directamente verificable. Pero la verificabilidad era también excesivamente exigente.

Finalmente acabaron aceptando el criterio de Popper, conocido como la *falsabilidad*. Este criterio exige que algo, para que pueda entrar a formar parte de un libro científico, ha de contener la posibilidad de que pueda ser considerado como falso. Por ejemplo, un libro sobre duendes y hadas no es científico porque ningún laboratorio puede *falsar* (esto es, declarar falsos) los cuentos que contiene.

(Otros problemas) Los fallos en la verificación, y el ineludible solipsismo que se sigue desde las premisas empiristas, fueron los dos factores que en mayor medida socavaron la propuesta científica del Círculo de Viena. En realidad, hay más problemas. La conciencia generalizada del fallo de estos métodos científicos vino de la mano de un breve ensayo de Thomas F. Kuhn, "La estructura de las revoluciones científicas", que

apareció hacia 1970. Kuhn, norteamericano y por tanto pragmático, no denuncia los dos problemas anteriores: él va más directamente a los problemas surgidos desde los Proyectos de Investigación de las Universidades.

Veamos: la empresa X entrega a la Universidad de Princenton 10 millones de dólares para que investigue un problema. Los científicos de esa área de conocimiento trabajan sobre él. Simplificando al máximo: los datos físicos que tienen en cuenta son cinco. El descubrimiento es siempre cuestión personal: llega un momento en que uno de los investigadores descubre una relación especial entre el dato número 1 y el dato número 2, que le brillan como con luz propia; descubre en qué consiste esa relación especial y logra un buen avance científico. Publica el logro de su investigación en una revista especializada. Pero, ¿qué sucede con los otros tres datos que no han alcanzado relevancia ni explicación? Si los científicos son profesores de Universidad, son dados a decir que corresponde estudiarlos a otra asignatura; en cualquier caso, dirán que "No hacen al caso" o que son irrelevante para los fines actuales. (Éstas suelen ser las dos frases más usadas).

Un año más tarde la empresa Y da otros diez millones de dólares a la Universidad de Harvard para que estudie un tema similar. El proceso personal vuelve a repetirse: uno de los investigadores se siente inquieto (es un proceso interior como de naturaleza mística) porque le vuelven a brillar, como con luz propia, los datos número 1 y número 5. Logra otro avance científico. ¿Y los datos que han quedado sin explicación? "No hacen al caso". Al haberse repetido muchas veces este proceso, los físicos han ido entendiendo que ellos pueden crear leyes tecnológicas *arañando* la corteza de lo que debería explicar un físico; que nunca lograrán hacer física en sentido pleno, es decir, que está fuera del alcance humano explicar el conjunto de la realidad que ellos estudian.

(Los experimentos son siempre productivos) Este saber tan sectorial que exponen los físicos se debe en buena medida al cauce del que ellos disponen para acercarse a los objetos de sus estudios. Este cauce es el experimento que sigue los tres pasos ya aludidos.

Goethe, hacia 1820, ironizaba sobre los experimentos, y los comparaba al acto del mago que pronuncia las palabras mágicas, hace un movimiento con su varita, y

sucede algo portentoso. En el experimento sucede algo parecido: el científico crea unas condiciones físicas que no existen normalmente; las somete al calor que él quiere, y muchas cosas más que él aporta. Al final puede que el experimento tenga éxito porque se puede verificar la ley descubierta con él. Volvemos al mismo problema: esta forma de proceder es extraordinariamente útil para crear tecnología, pero es dudoso que introduzca a nadie en el interior del mundo físico. Porque lo obtenido finalmente es el resultado tanto de las restricciones que ha introducido el investigador, como del comportamiento de los cuerpos físicos que se han visto sometidos a esas condiciones y restricciones.

Desde hace unos treinta años, los experimentos han perdido mucho prestigio ante la ciencia. Los que reflexionan sobre el método científico (normalmente profesionales de la física) indican que los experimentos son siempre ‘productivos’ porque son el resultado de la inteligencia e intuición del investigador y de algunos datos ‘naturales’ que él científico ha relacionado.

(Problemas, en realidad, personales) Indiqué que no tiene sentido tratar de rebatir las bases epistemológicas de los empiristas, porque el Empirismo lógico o Neoempirismo se ha hundido él solo a lo largo del siglo XX, de forma que ha pasado de ser el dominador indiscutido a ser una casa en la que nadie quiere entrar. Me preocupo de criticar al empirismo solamente por un factor personal, a saber: que muchos universitarios que ya tampoco ‘creen’ en esta corriente científica, sin embargo piensan como si las negaciones (restricciones epistemológicas) sobre las que se construyó la filosofía de la ciencia empirista constituyeran una conquista permanente de la ciencia.

Esta actitud es lógica, porque hay que ser ‘políticamente correcto’. La mayor parte del profesorado de las universidades europeas accedió a sus plazas en un tiempo en el que el marxismo, y el izquierdismo en general, aparecía como la única opción social verdaderamente humana. Lógicamente, se declararon empiristas, aunque la mayor parte de ellos no habían leído las fuentes de esta filosofía. Las modas académicas pasan, pero los profesores permanecen. En estos últimos treinta años se han creado escuelas universitarias fuertes, cuyas cabezas fueron en su día de izquierdas. Si me atengo a mi experiencia personal y describo lo que he visto en mi alrededor, diría que pasaron de ser marxistas (1970) a ser neomarxistas (1975), a ser ‘de izquierdas’ (1978) y, finalmente, a ser liberales de izquierdas. El legado que les ha quedado después de estas

transformaciones es negar la ontología y no afirmar, consecuentemente, que cada ser humano constituye una persona. Si alguien se acerca a alguna de estas escuelas manteniendo que cada hombre es una persona, y que los razonamientos jurídicos presentan a veces vertientes ontológicas, será llamado 'fundamentalista', que es el adjetivo que está más de moda. Al no seguir el nihilismo científico empirista, tendrá muchas y especiales dificultades para acceder a una plaza universitaria, y si la logra, se verá excluido de las intervenciones los medios, de las conferencias, de las universidades de verano, etc. ¿Es decente hacer estas declaraciones en unos Apuntes de Filosofía del derecho? No sé si lo es, pero lo cierto en que, en todas partes, el factor que determina decisivamente la actitud científica es ante todo el *personal*.

La coherencia que parece exigible se despliega en dos planos, uno preferentemente científico-personal, y otro más estrictamente personal.

Aludo al primero. Hobbes, Hume, Ayer o Neurath utilizan el lenguaje usual, que está repleto de construcciones que siguen los esquemas de Sujeto-Verbo-Predicado, o Sujeto-Verbo-Complemento directo. Usan las conjunciones según las siete formas que ya establecieron los latinos. Su discurso posee rigor porque siguen las vertientes semánticas de las palabras; y otras cosas más. Usan todas estas figuras lingüísticas para demostrar que lo que ellas expresan es falso. Hume indica al final de su tratado sobre el conocimiento humano que cuando él entra en una biblioteca y ve tantos libros escolásticos, él se pregunta: ¿Contienen demostraciones basadas en las figuras y en los números? No. Luego todos esos libros han de ir a la papelera. Pero él no quiere tener en cuenta que ha publicado tres obras relativamente extensas ("Tratado de la naturaleza humana", "Tratado sobre el conocimiento humano", y la recopilación de sus "Escritos morales y políticos") sin proceder en ningún momento argumentando según los números y las figuras.

Pasemos al segundo momento, al que he llamado más estrictamente personal. Locke es empirista, y niega las ideas innatas, pero establece con toda rotundidad la Ley Fundamental de la Propiedad (que es la ley fundamental de la sociedad), que ordena que cada cual pueda poseer propiedades privadas, y que cada cual tiene derecho, junto con sus hermanos, a heredar los bienes de sus padres antes que cualquier otra persona. Si examinamos atentamente la estructura de su "Segundo ensayo sobre el gobierno civil", observamos que, en realidad, la libertad individual que él establece no es un dato

originario o radical: es más bien una exigencia que reclama la libertad en la disposición de las propiedades privadas.

A David Hume le sucede algo parecido. Su criticismo es absoluto, total. Al final del segundo libro de su “Tratado sobre la naturaleza humana” niega la existencia continuada de las cosas, a la que califica de superstición: es decir, yo ahora puedo afirmar que percibo el teclado del ordenador con el que escribo, su pantalla, la mesa sobre la que trabajo, etc. En realidad, explica Hume cuidadosamente, nada de esto existe: sólo poseo percepciones de estas ‘cosas’. Y es una superstición total que yo afirme ahora la existencia de cosas que ni percibo, como es mi automóvil. Hume se niega a dar lo que llamaría el ‘salto ontológico’: las personas normales sí hacen este tránsito desde la percepción a la cosa, porque yo afirmo que estoy redactando con un ordenador y, además, afirmo la existencia continuada de las cosas porque sé que mi coche está en el garaje (si es que no lo han robado). Hume incurre en una actitud que me atrevería a calificar suavemente de contradictoria, porque en sus obras de teoría sobre la ciencia niega la existencia de cualquier cosa, pero en sus “Escritos morales y políticos” defiende a las propiedades privadas como si fueran cosas bien tangibles y reales.

Este mismo hecho se repite en algunos universitarios actuales. Hay personas que niegan –o que no afirman- que cada ser humano sea una persona, o que exista un orden moral objetivo. En el lugar de las personas y de la moral usan las figuras de los derechos humanos. Pero a lo largo de estos cuarenta y un años de profesor de Universidad, observo que esas personas tan relativistas no dudan en usar términos como ‘inmoral’ o ‘inmoralidad’ cuando observan algo que no es procedente. Igualmente, usan coloquialmente, de forma fluida, el término ‘persona’. Sólo cuando una conducta inmoral puede ser reconducida de alguna forma al terreno constitucional, alegan que tal conducta es ‘anticonstitucional’. Es patente que estas personas llevan una doble vida: una es la personal-cotidiana; la otra es la profesional-académica, en la que niegan todo lo que afirman en su cotidianidad

VI

REFLEJOS POLÍTICOS DEL EMPIRISMO

Para una persona que escriba sobre ética en el año 2011, la historia de los problemas que estudia ha de dividirse en antes y después de la extensión del empirismo, es decir, antes y después del siglo XVIII. La razón es sencilla: el empirismo introdujo el relativismo ético, que sigue dominando hoy, e impuso también la negación de la ontología, es decir, la interdicción de apreciar que existen ‘cosas’ relevantes para la justicia. Notemos que estamos ante dos problemas algo distintos, uno provocado por la negación de la ontología, y otro que afecta más directamente a las personas porque se les ha privado de las bases morales más elementales desde las que comienza el discurso jurídico; pues desde una actitud completamente relativista están justificados los genocidios, entre otras cosas, tal como mostró el siglo XX. Nuestro momento histórico ha querido evitar los peligros inherentes a la falta de principios afirmando los derechos humanos y la democracia como única forma de gobierno legítima. Más recientemente ha añadido diversas teorías sobre la justicia.

¿Qué autores podemos calificar, en la Teoría del derecho, como de base empirista? Empiristas pretendidamente puros fueron los de Uppsala: Lundstedt, Olivecrona, Ross, que negaron cualquier teoría de la justicia, ya que para ellos solamente existían ‘hechos sociales’. Aunque Kelsen se opuso al empirismo en nombre del positivismo, su escepticismo ético muestra su base inicialmente empirista. Algo similar hay que decir de Hart, que publicó “El concepto del derecho” en 1960. Para estos autores, marcados inicialmente por el relativismo ético propio del empirismo. hablar de la justicia era, sencillamente, un sinsentido.

Más recientemente han aparecido libros con teorías sobre la justicia y este término (el de justicia) parece haber sido rehabilitado. En Europa continental han destacado Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas, y en los EE.UU. han publicado nuevos contractualistas, al modo de la Edad Moderna, fundamentalmente tres: Buchanan, Nozick y Rawls. Apel y Habermas han hablado de las reglas del diálogo ideal, y los tres norteamericanos citados han vuelto a hablar las reglas del contrato social.

Es decir, tenemos tres criaturas que han venido a la vida, de hecho, desde bases materialistas y consiguientemente fenomenistas: los derechos humanos, la democracia y las nuevas teorías de la justicia. No debiera haber sido así porque algunos derechos humanos responden muy directamente a la dignidad del hombre, y la democracia más parece fundarse en la dignidad humana que no en visiones filosóficas restrictivas. Pero de hecho las cosas han sucedido de este modo.

(En estos últimos treinta años han aparecido obras que, tras los pasos del pensamiento aristotélico, tratan de reivindicar la objetividad (relativa) de la justicia. En Europa tenemos, entre otros, a Michel Bastit o a Francesco Viola. En las áreas de lengua inglesa publican MacIntyre, Finnis y George. Los que he citado son estudios de franca buena calidad. Pero este curso, con estos Apuntes, me he propuesto continuar una línea de investigación que comencé hace años, y que está más centrada en la crítica al pensamiento binómico y geométrico que aún persiste).

§ 33. Observaciones pertinentes.

Quiero indicar que las líneas que siguen son extraordinariamente elementales, y más de uno estará en su derecho de pensar que no es cuestión que se expliquen cosas así en una licenciatura universitaria. Pero he de indicar que han sido los autores empiristas los que, en su afán de hacer una filosofía lo más elemental y simple posible, que no deba nada a ningún otro sistema filosófico, los que han propuesto estas reflexiones tan excesivamente entre infantiles y elementales. En ellos no hay una ‘verdad profunda’ que hubiéramos de entender: la lectura de Hobbes, Locke, Hume, Carnap, Neurath, muestra este simplismo en toda su pureza.

Frente a los empiristas, hay que afirmar una *adecuación originaria* entre los datos percibidos y los factores con los que nos expresamos; procedo a aclarar esta expresión, en dos momentos. En un primer paso, vemos que todos distinguimos sin problemas el canto de un pájaro del ruido que hace una moto, y esto nos indica que nuestra facultad para recibir fenómenos ya está estructurada. Si no lo estuviera, habríamos de seguir un proceso que sería más o menos el siguiente: a) oigo un ruido; b) el ruido tiene un tono grave; c) tiene más de tantos decibelios; d) por otras cualidades de ese sonido, tal ruido proviene de una moto y no de un camión. La memoria está estructurada desde la *experiencia* (término complejo) que ya tenemos en la memoria, no

desde la empiria; si dependiéramos sólo de la empiria, como pretendieron Hobbes, Hume, Neurath o Ayer, habríamos de seguir el proceso lógico indicado cada vez que percibiéramos algo. (Éste es un problema bien real para un teórico de la ciencia que sea honesto. Kant distinguió, en un primer momento de vida, los fenómenos suministrados por la empiria y los principios a priori del Entendimiento; pero en un par de ocasiones, en su "Crítica de la razón pura", se ve acosado por la dificultad indicada: los fenómenos entran demasiado mansa y fácilmente a través de los principios a priori. Más tarde hubo de inventar otros principios puros, que median entre los fenómenos y los principios del Entendimiento, y llamó Esquemas a este segundo grupo de principios).

Los que no somos empiristas no tenemos estas dificultades para clasificar los 'fenómenos' porque sabemos que existe la cosa que consiste en una moto, y estamos en condiciones de referir las distintas percepciones que provienen desde este tipo de cacharros a la *sustancia* o *cosa* de 'moto'. La cosa de la moto hace de fundamento unificador de nuestras percepciones empíricas: *la empiria se ve superada por la experiencia*, que nos hace saber qué es una cosa o sustancia y, por tanto, qué es lo que podemos decir sobre ella. Si reconozco que tengo en mi cabeza la sustancia o la cosa de la moto, afirmo la ontología.

En un segundo paso, me atrevo a ir más allá, e indico que la comunicación es posible gracias a *la carga ontológica de los términos*. Pues si digo que me he dado un paseo de una hora a caballo, todos me entienden; pero si digo que me hado un paseo de una hora montado en un pavo de los que cría Paca, la cortijera (para Navidad), nadie me puede aceptar esta segunda proposición.

Pero las personas que estudio se remiten al lenguaje como si esta realidad constituyera un *Non plus ultra*. Si les propusiera la cuestión expuesta en el párrafo anterior, contestarían que estamos ante 'universales implícitos en el lenguaje': pues el lenguaje permite decir que hemos montado un caballo pero no que hemos montado sobre un ave. Si les preguntamos que por qué ningún derecho permite los robos o asesinatos, contestan igualmente: el lenguaje prohíbe por sí mismo estas acciones. Desde el lenguaje, sólo quedan, algo residualmente, tres opciones: hablar de los diálogos ideales desde los que obtenemos consensos ideales o contrafácticos, remitirse a los nuevos contratos sociales, o hablar más de los derechos humanos.

§ 34. Los diálogos ideales.

Ferdinand de Saussure puso de moda, a comienzos del siglo XX, la filosofía lingüística. Como no es el momento de explicarla, diré únicamente que él renueva la tradición antiontológica: el empirismo que Hobbes hizo andar y que Hume exasperó, ha marcado indeleblemente las teorías sobre la ética desde el siglo XVIII a hoy. Sabemos que el empirismo sólo admite percepciones últimas o más primitivas (que forman los llamados 'datos protocolares'), y que cada hombre almacena en sus neuronas y que comunica mediante el lenguaje. Hay una trampa posible frente a la que es necesario precaverse: se podría creer, ingenuamente, que estos lingüistas afirman que el lenguaje contiene datos que simplemente están contenidos en el lenguaje. No es así: ellos mantienen que el lenguaje es la instancia que proporciona toda la estructura posible del conocimiento de cada hombre y de cada comunicación humana.

La ciencia consiste en un sector de la comunicación humana, por lo que ha de haber alguna 'adecuación originaria' entre los datos percibidos y los factores que nos comunicamos al expresarnos: pero la teoría de Saussure explica que 'detrás', o 'por debajo', de estos elementos comunicativos no existe una realidad que los fundamente. La sociedad humana, es decir, el hombre como género, es comunicación, y la comunicación es lenguaje. Una cosa es el lenguaje (realidad siempre igual) y otra cosa es el habla o idioma, que cambia de lugar a lugar y de tiempo en tiempo.

Desde estas bases teóricas, entremos en los diálogos ideales. Karl-Otto Apel era marxista de estricta observancia y, siendo alemán, pasaba buena parte de su tiempo en la República Democrática Alemana, a la que admiraba profundamente. Diré, sin pretensiones de exactitud, que para él el protoelemento en que consiste el hombre es la estructura del lenguaje. Lo mismo viene a mantener Habermas, también de *pedigree* marxista hace años. Ellos entienden –especialmente Habermas- que el género humano ha alcanzado hoy tal grado de madurez, que ya está admitido, y es exigido por la conciencia colectiva, que la única forma de comunicarnos es el diálogo, que implica la igualdad de oportunidades de todos los parlantes. La sociedad hace una 'oferta de habla' a cada hombre concreto, y quien no responda a esta oferta debe ser tratado como un objeto. Ellos dan por supuesto que un diálogo, en el que todos pueden participar igualmente, sólo puede producir decisiones políticamente justas.

¿Por qué tenemos el deber de admitir y de obedecer lo que se sigue desde esta exigencia de igualdad? Pues si nuestro momento histórico cree en la igualdad

individual, esta creencia constituye solamente un dato que puede ser estudiado, como objeto interesante, por el sociólogo. Además, otras épocas no han admitido la igualdad individual. Apel y Habermas mantienen que el lenguaje es más que el conjunto de los sonidos producidos por las cuerdas vocales, ya que *su estructura forma un noúmeno* o quasi-noúmeno que tiene fuerza normativa, y que compone lo que llaman una *pragmática formal* del lenguaje. Solamente a unos alemanes, con su exquisita vocación filosófica, se les podría ocurrir mantener la existencia de un noúmeno, es decir, de un universo intelectual de validez objetiva y con vigor normativo que no depende de ninguna persona o de ningún grupo de personas: no perdamos de vista que *ellos no se refieren a las personas que hablan*, sino al hecho o 'Faktum' del lenguaje.

Es un hecho que tiene especial mérito en el caso de ellos porque se declaran materialistas, y el noúmeno que nos ordenan que obedezcamos se encuentra en completa oposición con sus bases científicas; indican que es tan urgente hacer justicia que hay que imponerla aún a costa de incurrir en esta contradicción en la base de sus argumentaciones.

Pero, además ede esta contradicción tan singular, plantean el mismo problema que Rousseau, cuando separaba la *volonté de tous* de la *volonté générale*. Efectivamente, todos estos autores tienen presente que la historia arrastra consigo muchos prejuicios, por lo que no todos los hombres saben lo que realmente les conviene. Ellos entienden que la comunicación existente ahora está distorsionada, y tratan de volver racional nuestro lenguaje, que se ha de montar sobre las 'verdaderas' exigencias de la igualdad. ¿Cómo distinguir lo realmente adecuado a la igualdad de lo que está contaminado por los prejuicios, la intolerancia o la prepotencia? Obviamente, este consenso que ellos proponen no puede manifestarse en los consensos a los que llegamos de hecho; ha de ser un *consenso ideal*. Al llegar a este punto detienen sus explicaciones. Naturalmente, el problema esa saber quien expresa en cada momento ese consenso ideal que no tiene por qué coincidir con los resultados de las votaciones.

Por otra parte, esta razón emancipada, no es capaz de afirmar que es objetivamente inmoral violar y asesinar a una mujer. Como no soy materialista-empirista-fenomenista, yo sí afirmo que es realmente inmoral violar y asesinar a una mujer y, yendo más allá, afirmo que se trata de una de esas inmoralidades tan fuertes que ha de ser prohibida necesariamente por el ordenamiento jurídico, porque por necesidades imperiosas de la índole humana, las inmoralidades fundamentales han de

abandonar el plano de la moral para llegar al derecho. Estoy en condiciones de ser tan ‘dogmático’ porque entiendo que cada ser humano es una persona, es decir, algo más que el simple individuo de una especie biológica, y a los seres humanos nos repugna que nos mientan, nos roben, nos insulten, etc. Pero un empirista no puede afirmar esa realidad máximamente metafísica que es la condición personal de cada ser humano; a este tipo de pensadores sólo le queda el recurso de argumentar basándose en *la igualdad de los individuos,* desde el que han de ir extrayendo las normas morales concretas. Esta igualdad sólo puede ser aritmética o geométrica.

No me convence este tipo de argumentos: si me decido a estudiar una zona de la historia del pensamiento jurídico, o del pensamiento actual, no lo hago por cuidar mejor las exigencias de la idea de la igualdad aritmética. Yendo a extremos argumentativos, el cariño con el que una madre ha de cuidar a su hijo no se deduce desde este tipo de igualdad, y si ahora me estoy tomando el trabajo de preparar estos Apuntes de forma que sus lectores los entiendan, tampoco hago esto porque me lo exija la igualdad individual.

§ 35. Los nuevos contratos sociales.

La reflexión sobre la justicia hizo un esfuerzo poderoso, desde Fernando Vázquez de Menchaca, usando la figura del individuo aislado y libre en el *status naturae*. Todos los autores que siguieron esta línea (Vázquez, Pufendorf, Locke, Gundling, etc.) trataron de mostrar el origen del poder político no en el tiempo sino en la razón; ellos supusieron que si unos seres libres entran a vivir en sociedad, con las limitaciones y cargas que impone la vida en común, sólo podían hacer esto para proteger mejor sus derechos naturales que peligraban en el estado de naturaleza. La figura argumentativa del estado de naturaleza y del contrato social parecía que estaba confinada a la Edad Moderna, porque ya había desaparecido del panorama actual de las teorías sobre la sociedad justa. Pero, sorprendentemente, ha reaparecido en estos últimos treinta años, en Norteamérica. Y lo ha hecho con una fuerza enorme porque John Rawls es el teórico de la justicia más estudiado hoy en el mundo.

Rawls sigue el camino estrictamente individualista que fue propio de la Edad Moderna. Él quiere hacer una teoría ‘ideal’, en el marco de un Estado nacional. Al establecer que su teoría es ideal, quita muchos problemas de enmedio, porque nos está

diciendo que la suya es una propuesta como ensoñada, que no se ajusta a lo que existe socialmente, pero que es válida porque la exigencia de la igualdad está fuertemente arraigada en nuestra cultura.

Como buen anglosajón, parte desde una tendencia del individuo sociológicamente comprobable, que es el deseo de igualdad. Aconseja que nos pensemos en un mundo ideal que se desarrolla progresivamente, cuyo primer momento llama la ‘posición original’. En este mundo cae sobre nosotros el ‘velo de la ignorancia’, que hace que no conozcamos nuestra posición social: todos somos seres igualmente ignorantes sobre nuestro patrimonio, profesión, etc. Si desde estas condiciones pensamos en erigir una sociedad, es el mismo egoísmo de cada sujeto el que le lleva a desear una situación futura en la que el sujeto que reflexiona no sea inferior a los demás; a este tercer momento lo llama la aplicación del criterio ‘maximin’. Es decir, hemos de desear para todos lo mismo que deseamos para nosotros. Porque, en realidad, los demás y yo formamos el mismo grupo.

Rawls trata de no ser totalitario. Habla con frecuencia de las ‘morales comprehensivas’, que son los conjuntos de ideas religiosas, morales, políticas y jurídicas que ya existen en la sociedad actual. El consenso que hay que alcanzar no afecta a estas ideas: se trata únicamente de lograr un consenso ‘solapado’ sobre lo que él llama los ‘bienes sociales básicos’. Aunque no pierde ocasión de afirmar que las morales comprehensivas que existen están todas equivocadas. Al parecer, la única normatividad a la que él da su visto bueno es a su propia teoría ideal.

Pero su teoría no es normativa en el sentido en que el que Apel o Habermas afirman que son normativos sus casi-noúmenos, porque estos alemanes mantienen el deber objetivo y universal de obedecer las reglas propias de ese noúmeno que constituye la pragmática formal del lenguaje, de forma que cada individuo se encuentra sometido a una legalidad superior a él. A Rawls no le va la afirmación de este tipo de noúmenos: él sí trata de ser más coherentemente materialista. Es *cada sujeto* el que ha de ‘revivir’ en sí (si él quiere) los pasos argumentativos que él propone: la posición original, el velo de la ignorancia, el criterio maximin, etc. Este último matiz se ha prestado a muchas discusiones, porque si es cada ciudadano el que ha de pensar así, si él quiere, su teoría no es propiamente normativa.

Este autor publicó hace unos treinta años su “Teoría de la justicia”, y obtuvo inmediatamente un éxito mundial. Este estudio es un libro extenso, de poco contenido,

reiterativo y con contradicciones: un auténtico paraíso para sus estudiosos y admiradores. Lo tradujo al castellano una mujer que hacía su tesis doctoral en la Universidad Carlos III, y la traducción fue tan realmente mala que apareció un artículo, en una revista de derecho administrativo, que indicaba que la excesiva poca calidad de la traducción no podía deberse a simple incompetencia, sino que tenía que haber habido mala fe. Más recientemente ha aparecido otra traducción al castellano.

La "Teoría de la justicia" fue la obra del "Primer Rawls". Se acumularon críticas que insistían en la ausencia de fuerza propiamente normativa de esa teoría. Hace unos diez años Rawls publicó un segundo libro ("Liberalismo político"), que es una recopilación de varias conferencias suyas. En él cambia algo de tono, porque usa el discurso enérgico, y habla de tener agallas, de cooperar solidariamente en el interior de una sociedad democrática. Este estudio marcó el inicio del "Segundo Rawls", y ha venido bien a sus defensores, porque si alguien critica las ideas excesivamente individualistas de la "Teoría de la justicia" le responden que esos problemas están resueltos en el "Liberalismo político", y al revés.

Al leer a Rawls nadie debe esperar encontrar en sus páginas una profundidad de sentido, un 'sentido de base o final' (una *Sinnzusammenhang*, como suelen decir los alemanes), ni ninguna sabiduría oculta a simple vista: es lo expuesto. ¿Por qué el éxito mundial de un conjunto de ideas tan simples? Desde luego, una época en la que se han vendido 56 millones de ejemplares del "Código da Vinci", puede hacer las cosas más insólitas. Si trato de responder a la pregunta planteada, sólo puedo hacer una conjetura: nuestro momento, de base cultural materialista y empirista, lleva más de cincuenta años defendiendo, como los únicos valores relevantes jurídica y políticamente, la libertad e igualdad individuales, algunos derechos humanos (los individuales solamente) y la democracia. Hay un cansancio en la repetición de los tópicos, pero apenas hay soluciones de repuesto. Los que somos llamados 'jusnaturalistas' (extraña expresión) consideramos que cada ser humano es una persona y que por tanto no se le puede insultar, calumniar, mentir o matar. Pero dentro del marco del materialismo quedan pocas salidas posibles para abordar el problema de la explicación de la justicia, porque un materialista no puede admitir la realidad de la *persona*. Descartada la solución alemana que habla de noúmenos, sólo queda alguna variante del utilitarismo, como es la teoría de Rawls.

§ 36. Democracia y derechos del hombre.

La Declaración Universal de Derechos de 1948 trató de evitar abusos como los que se cometieron pocos años antes y, con el tono radicalmente individualista de los derechos que ella proclamó, puso las bases para las estrategias políticas de los EE.UU. en la Guerra Fría. ¿Sobre qué fundamentos filosóficos o antropológicos se hizo esta Declaración? Expresamente sobre ninguno. Es bien conocida la frase de uno de los que intervinieron en su redacción: “Estamos todos de acuerdo a condición de que no se nos pregunte por qué”.

La forma de gobierno llamada democracia es un régimen parlamentario en el que los miembros del Parlamento son elegidos por sufragio universal. Mis alumnos del curso 1982/83 (el primero que ejercí docencia de la Universidad de Cádiz) entendían colectivamente que las leyes eran justas en España porque ya estábamos en una democracia, y en la democracia las leyes las hacemos ante todo. Era comprensible que pensaran así, porque la forma política que se introdujo con la Constitución de 1978 se basó en ataques especialmente fuertes contra el régimen político anterior y en una apología irracional de la democracia. ¿Es posible defender a la democracia irracionalmente? Parece que sí, y veamos este posible problema.

(***La clausura del discurso político)*** Uniendo la democracia con los derechos humanos resulta el Estado de Derecho actual, que no es sólo Estado de derecho porque el poder político y los ciudadanos se atengan a las leyes en caso de discrepancia, sino porque sobreentendemos que la democracia misma ha de hacer suyos buena parte de los derechos humanos. Es buena cosa vivir en un régimen parlamentario y es también buena cosa estar en condiciones de beneficiarnos de los derechos humanos individuales: pero el problema comienza cuando nos percatamos que, al dejar el problema en este punto, *el discurso sobre la política queda clausurado*. En efecto, para mis alumnos del curso 1982/82 no había nada que decir sobre la justicia: las leyes, al hacerlas entre todos, son justas por definición, y el profesor de Filosofía del derecho sólo tiene la opción de explicar la Constitución, o de explicar algunas aplicaciones prácticas de algunos derechos humanos.

Cuando se clausura autoritariamente la teoría de alguna realidad, los problemas emergen de todos modos, sólo que ahora aparecen sin bases doctrinales para su

solución. Esto sucedió a finales del siglo XIX con el método de Newton: había ‘cerrado’ las explicaciones físicas y para entonces ya aparecían demasiados problemas que no encontraban solución en aquella teoría sobre la mecánica. En el plano del derecho y de la política sucede algo similar y, a falta de suficiente base teórica, los ciudadanos reaccionamos contra los abusos con instrumentos inadecuados. Es penoso comprobar cómo tantas sentencias del Tribunal Constitucional fundamentan sus soluciones en el artículo 14 de la Constitución, que es el que establece la igualdad entre todos los ciudadanos; esas sentencias, frecuentemente, han de hacer razonamientos largos y poco claros para fundamentar en el derecho a la igualdad realidades que, en realidad, en poco se relacionan con la igualdad geométrica o aritmética, que es la única que parecen tener en la mente nuestros jueces.

El mal mayor aparece, en este discurso clausurado, en la separación entre la responsabilidad de los ciudadanos y la praxis política. Si los miembros de un Ayuntamiento llevan una vida de gasto a todas luces muy superior a los ingresos que declaran a Hacienda, ya nadie se escandaliza; si esas personas pueden situar a sus hijos, novios o amigos en puestos de la Administración pública a los que apenas tienen acceso el resto de las personas, tampoco se extraña nadie. La clausura del discurso político ha llevado a una actitud ciudadana que, desde puntos de vista relevantes, es la opuesta al espíritu que debiera animar a un régimen parlamentario, porque el espíritu cívico, en el que se basa la participación, ha desaparecido en buena medida. *El cinismo ha sustituido a la responsabilidad*. Es una actitud comprensible porque cualquiera sabe que no puede hacer nada.

Parece que la clausura del discurso teórico viene causada por el cansancio que surge al contemplar estructuras de poder extraordinariamente fuertes ante las que un ciudadano es impotente. La vida del derecho se basa en legisladores y tribunales, y unos y otros dependen de los partidos políticos: no queda más opción, desde la teoría política actual, que trabajar desde dentro de los partidos. Pero todos saben que la ‘carrera’ en el interior de un partido conlleva hacer concesiones que hacen perder ese espíritu cívico al que aludo. No sucede que todos los que participan en todos los partidos sean personas corrompidas, pero sí que los partidos son máquinas especializadas en la corrupción: ¿Qué pretendemos: crear estructuras de poder muy fuertes, que manejan los millones del presupuesto nacional, y exigirles a los gerentes de esas estructuras que se atengan sobriamente a su escueto sueldo? ¿Es que no sabemos todos que los miles de millones

de euros del presupuesto español de cualquiera de algunos de los últimos ejercicios tiene un valor mucho más alto que el oro, la plata que trajeron los Españoles desde América durante más de doscientos años? El cansancio que mencionaba al comienzo del párrafo proviene ante todo desde la falta de esperanza.

En estos últimos siglos hemos puesto nuestras esperanzas en un 'sistema social' que por sí mismo arregle nuestros males. Durante muchos años nos hemos lanzado obsesivamente a denunciar problemas 'de estructuras'. Ha pasado medio siglo y es hora de ir haciendo un balance: recuerdo lo que decía aquella ministra italiana de Sanidad, que expuse al comienzo de estos Apuntes. Debiéramos aprender lo que enseña el sector financiero o industrial: las únicas empresas que funcionan bien son las que están dirigidas por las personas adecuadas. La legislación es igual para todas las empresas, pero la salud económica sólo viene desde la valía personal: la educación en las virtudes personales es hoy urgente.

***(Los nuevos conservadores*)** Lo humano sólo puede ser corregido por los hombres, y desde lo humano, es decir, desde factores propiamente humanos, no desde teorías de naturaleza técnica. Las grandes fuerzas políticas ya están instaladas y acomodadas en los puestos decisivos. Les acompañan muchas personas: en el año 1975 (un año muy simbólico) había en España 475.000 funcionarios. Hoy hay 2.700.000 funcionarios numerarios, más un millón de contratados. Aunque prescindamos de considerar los sueldos, da vértigo pensar en el dinero que es preciso gastar para mantener ese mar de personas: porque muchos piensan en los sueldos, pero los gastos que genera mantener el puesto de trabajo, a veces no le va a la zaga.

El Estado que inició la Revolución de 1789 y que hicieron realidad en España los liberales a lo largo del siglo XIX, está cuestionado por su falta de operatividad: es patente que si la instancia pública ha de mantener a casi cuatro millones de funcionarios, pocos medios le quedan para fines propiamente sociales. El cinismo que genera la falta de esperanza ha hecho que la virtud ciudadana sea sustituida por la búsqueda, sin reparar en los medios, del bienestar propio. ¿Quién no se presenta como un ingenuo que aún cree en los Reyes Magos cuando se enfrenta a tantas personas con tanto *sentido común*?

La libertad personal queda lesionada porque quien quiera romper la clausura del discurso político ha de introducirse, de hecho, por terrenos innovadores en los que encontrará la oposición de las fuerzas políticas y administrativas. Éste es un tema con ribetes que lo vuelven más complejo de lo que sería deseable. El Estado fue creación izquierdista, como lo fue la Revolución de 1789, y en la España del siglo XIX usaban el término Estado sólo las izquierdas; las derechas utilizaban la palabra Nación. Esta situación existente de hecho da lugar a un chantaje que origina extraños aliados y enemigos. Los conservadores de hoy son realmente los que se apegan al Estado, a las distintas esferas de su Administración. Si alguien trata de romper alguno de los monopolios que gestiona directamente la Administración, la Administración pública pasa al ataque: esa persona es presentada como un intruso que desconoce la legitimidad democrática de los órganos de la Administración; es una persona detrás de la cual operan fuerzas ocultas, normalmente la Iglesia o alguna de sus instituciones. Los funcionarios y políticos que se defienden así recuerdan a los monárquicos del siglo XVIII que se defendían frente a las corrientes revolucionarias con argumentos irracionales.

Hemos perdido la vitalidad política. Los políticos, funcionarios y sindicalistas existen gracias al dinero que obtienen desde el erario público. Es penoso el espectáculo que ofrecen los sindicatos: las cuotas que han de pagar sus afiliados son de por sí simbólicas, y anulan la orden de pago bancario el 90 por ciento de los trabajadores sindicados. Observo diversas Universidades ‘privadas’, que no disponen de acceso al dinero que recauda la Agencia Tributaria, pero que viven y funcionan. ¿Veremos alguna vez la Universidad Pablo Iglesias fundada y mantenida por los afiliados a la UGT? ¿O la Universidad Dolores Ibárruri erigida y mantenida en esta misma situación? Sin el dinero que les llega gratis, nuestra máquina oficial se derrumbaría como un mueble por el que han pasado las termitas.

(***El desconocimiento de las personas)*** El relativismo moral que introdujo el empirismo no ha sido vano: ha producido ese grandioso desconocimiento de las personas, que vemos hoy. Una persona es un ser que se presenta ante la vida aportando su propia oferta: pero los derechos humanos que están operativos realmente, aunque sea en pequeña medida, son los derechos individuales, que condenan al innovador a cuidar solamente de la esfera mínima de su propia personalidad. El gran teórico actual de la

izquierda, y el gran conservador, es sir Isaiah Berlin, que sólo quiere libertades individuales, y que condena a los que se agrupan como seres miedosos que buscan en pequeños grupos el reconocimiento que nunca encontrarían abiertamente en la sociedad, y que buscan descargarse del esfuerzo de decidir por sí mismos delegando esta responsabilidad en el líder de su grupo: sus conferencias sobre la libertad son el mayor monumento al cinismo que he leído nunca.

§ 37. Denunciamos una dicotomía.

El primer sector del discurso clausurado autoritariamente, sobre el que quiero llamar ahora la atención, es la dicotomía, establecida a través del pensamiento binómico, que *separa* al sector público y al privado. Esta forma de entender la vida política introduce dos perspectivas –la de lo 'público' y la de lo 'privado'- que, una vez insilogizadas en el lenguaje de la cotidianidad, son conducidas argumentativamente por unos vectores lógicos que van a parar a estos dos términos distintos aparentemente con toda naturalidad. Esta escisión entre lo privado y lo público no existió –al menos no de este modo y con esta contundencia- en el Antiguo Régimen. Ha sido una aportación propia de la forma de convivencia política que llamamos Estado.

El poder público, al ser unificado separándolo de las otras mediaciones sociales, ha sido también *entificado o reificado*, y quizá la muestra más externa de esta reificación es el conjunto de adornos y atributos de las personas que representan a la función pública: regulaciones legales propias al margen del resto del orden jurídico, patrimonio propio, uniformes, papeles membretados, sellos, etc. Estos instrumentos componen parte de la semántica visual que parte desde enunciados de índole icónica; es un recurso de amplios alcances, porque las imágenes materiales visuales poseen características que permiten al intérprete representarse otras determinadas características de un hecho. El decorado aludido formaba parte extraordinariamente importante del icono que había de ser transmitido. Esta autonomización de la única entidad pública ha llegado ampliamente al lenguaje ordinario, que distingue entre funciones oficiales y los derechos y los deberes de los *particulares*[11]. Un tema de perímetro amplio sobre el que habrá que volver.

---

[11] . Viola indica que esta entificación va acompañada de una subjetivización del Estado. Vid. *Stato e natura,* Anabasi, Piacenza, 1995, pág. 19.

Adelanto que no existen elementos suficientes que expliquen esta dicotomía. Sabemos que dos cosas son distintas cuando sus límites no son idénticos; pero ahora no estamos ante límites, sino ante unos mismos seres humanos que a veces desarrollan funciones públicas y a veces no, pero en ambos casos siguen siendo las mismas personas. El investigador forma parte de la 'función pública', ya que es funcionario en la Universidad de Cádiz, y es 'persona privada' porque conduce su automóvil o compra en los mismos términos que los demás ciudadanos; en ambos casos ejerce derechos y cumple deberes propiamente jurídicos. Pero nuestra conciencia geometrizante, que ha llevado a entender a las mediaciones humanas también bajo los condicionantes propios de la intuición de los cuerpos en el espacio, *separa* (más allá de distinguirlas) *las vertientes privadas de las públicas*, porque contempla como un corte insalvable entre el investigador cuando cumple funciones privadas y cuando ejerce poderes públicos.

(Sucede lo mismo que en la construcción de las líneas paralelas: sabemos que estas líneas no existen 'realmente' y que son sólo una figuración de ese sector de la imaginación del que se sirven los geómetras; en las paralelas solamente 'vemos' el espacio comprendido entre los vectores visuales que hacen posible esta separación imaginaria, que son tan irreales como las propias líneas que dicen formarlo; pero la conciencia humana, siempre tan activa incluso cuando se mueve entre irrealidades, se imagina que sí existe esta separación porque identifica la forma pura de la intermediación espacial con su pretendido contenido material o físico).

La reflexión sobre el derecho se ve igualmente en la necesidad de trascenderse a sí misma para desechar los residuos de estos pretendidos sustratos materiales o físicos que nos hacen ver una 'sustancia' separadora entre las funciones públicas y privadas: en las ciencias humanas no existen estas últimas realidades, y lo que se diga sobre ellas no tiene más valor que cualquier paralogismo que resulta desde el traslado de imágenes físicas a lo que es parte de la praxis humana. No es posible apreciar este 'espacio' intermedio porque *las direcciones de los razonamientos jurídicos no conducen a fines distintos*, sino que estos fines se reúnen en torno a un solo eje, que es el constituido por *el sector de las necesidades humanas que pueden ser aliviadas socialmente*. Estamos ante intermediaciones humanas, no ante figuras tangibles separadas por propósitos socialmente distintos. A veces se dice que el derecho privado cuida de los intereses de las personas privadas y el derecho público de los intereses públicos. Esto es una

necedad: el derecho privado cuida de intermediaciones humanas que son tanto o más valiosas que las del derecho público.

El momento reflexivo en el que empieza a emerger en el investigador la necesidad de matizar sobre estas premisas usuales, sobreviene cuando se interroga sobre la capacidad de una persona, o de un conjunto de personas, para dirigir las vidas de los otros. Desde este punto de vista tan impreciso diría que todos los poderes son 'personales', es decir, todos están ejercidos por personas concretas, y son universales porque crean el deber de obediencia: el cargo aporta la universalidad con la que puede exigir obediencia, y el gobernante o juzgador aporta su discreción individual. Las personas que gobiernan pueden ampararse bajo los títulos algo impresionantes de la legitimidad que es propia de una democracia o de un Estado de derecho, pero el uso de estos términos no hace desaparecer el carácter personal de sus actuaciones en el sentido indicado. Reitero la frase de Fernando Vázquez de Menchaca cuando indicaba que el estar bajo el dominio de un señor no es un bien, sino la peor de todas las cosas. Repugna considerar el enorme poder de que dispone un gobernante y la pobreza, a veces, que resulta desde su poca calidad personal.

El tratamiento de este tema es siempre complejo, porque implica arañar el fondo del barril de la vida humana, y este carácter último vuelve incómodo su estudio. La intuición básica que me guía es la que expone Häberle cuando indica que el Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por afirmar la dignidad del hombre como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales. Pero ésta es una empresa aún a medio camino porque, como indica este mismo autor: "Las estructuras constitutivas a este respecto, como la 'eficacia frente a terceros' de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir abusos de poder … se encuentran, sin duda, apenas en sus comienzos".

Una intuición reiterada lleva a compartir la opinión de Cotta cuando entiende que el poder es una necesidad común, no un bien común.

(La excesiva entificación de la Administración) Hoy, dada la desmesurada extensión de la Administración pública, hay que estudiar más directamente a la

Administración: ya no tenemos –al menos en Occidente- tiranos que echen fuego por sus narices. Pero tenemos a la Administración, que es peligrosa porque, como advierte Fuller, hoy las injusticias no se cometen con los puños sino con los codos.

Un punto de partida para estas consideraciones que cuestionan evidencias que tienen curso de moneda corriente es la comprobación de que la Administración, al entificarse y cobrar una vida independiente, se ha equiparado de hecho a una sociedad civil más que funciona como una 'Respublica in republica'. La sociedad política es necesaria al hombre, y por tanto *es suya*, es decir, pertenece por igual al género humano, a cada sociedad concreta, y *a cada persona*. Lo que es preciso esclarecer, y éste es el momento verdaderamente difícil del estudio del problema, es hasta qué punto el poder político pertenece al género, y hasta qué punto a las personas concretas.

(***Las personas quedamos olvidadas en las teorías políticas***) La 'sociedad civil', entendida en su conjunto, sigue siendo contemplada desde la óptica del poder del Estado, de forma que la misma noción de sociedad civil aparece con cierto carácter residual: es aquel conjunto de actuaciones sociales que no forma parte de la estructura administrativa del Estado. Realmente, ¿podemos hablar razonadamente sobre algo tan extenso como sería la sociedad civil o el poder político? Se habla den estos términos porque esta sociedad parece ser aquello que no es el Estado. La noción de sociedad civil apareció doctrinalmente en el siglo XVIII escocés como un subproducto del pensamiento político que trataba de explicar al Estado. *Las realidades vitales de la sociedad civil y del Estado son realidades excesivamente amplias como para ser conceptualizadas doctrinalmente*. Lo tristemente cierto es que en el esfuerzo teórico por separar la una de la otra, no queda apenas margen para hablar doctrinalmente de *las capacidades públicas de las personas*, de modo que los ciudadanos permanecemos lejos de participar activamente en lo que *es privativamente nuestro desde el ángulo público*.

En efecto, en esta pugna entre dos magnitudes inconmensurables, como son el poder político y la sociedad civil, las personas quedamos engullidas en uno u otro momento de lo público y nuestro destino, a falta de planteamientos del problema que sean más sustantivos, es ser desconocidas en el interior de cada una de estas inconmensurabilidades. Existen necesidades que únicamente pueden ser resueltas colectivamente a través de la instancia política, y estas necesidades tanto pueden revestir una naturaleza más técnica (como es el desdoblamiento de una carretera normal

en una autopista) como de índole más moral, como sería establecer cauces legales para abaratar las hipotecas. Estamos, pues, ante dos planos: el técnico y el jurídico. Tal como nuestra cultura política ha planteado las cosas desde 1789 a hoy, sólo los legisladores y la Administración pública tienen capacidad para acometer estas tareas. *Esta capacidad que posee la Administración, ¿es una capacidad técnica, moral, legal, económica, política…?* Parece que en estos últimos dos siglos hemos confundido estos términos al ser realzado el Estado y su capacidad para administrar. Es lógico que una entidad que reúne en sí las cualidades técnicas, morales, legales, económicas y políticas aparezca notablemente distanciada de los simples ciudadanos; y ha sido previsible también que un ente de esta naturaleza no se deje confundir en modo alguno con algún otro tipo de agrupación que pueda existir en la sociedad. Esta entificación de la Administración, que se ha basado ante todo en la tendencia a excluir que ha sido propia de la ciencia moderna, ha hecho que ella aparezca como *un ser con vida propia, monopolista –por así decir- de las buenas intenciones* frente a los impulsos egoístas de los ‘privados’. *L’université imperiale* napoleónica ha sido uno de los más sólidos exponentes de esta mentalidad. Esta institución nació bajo varios condicionantes, y uno ellos fue la lucha contra los privilegios de la Iglesia católica en la enseñanza; pero un monopolio fue sustituido por otro, y los privilegios de un signo por los privilegios de otro signo.

La capital del Estado, una vez que suprimió los poderes periféricos, pasó a gestionar directamente las cosas públicas que fueron declaradas servicios públicos; porque algunos asuntos comunes fueron declarados ‘públicos’ y otros no. La Administración pública se entificó, incluso con apariencias materiales: el edificio majestuoso del Ministerio de Agricultura en la plaza de Atocha hacía ver a todos en donde radicaba la dirección de la nación, al menos desde el punto de vista de las competencias sobre la agricultura. Los teóricos amantes del Estado mantienen que las instancias públicas –entiéndase, administrativas- ya ofrecen los cauces de gestión suficientes, y de forma consecuente con la vivencia de esta mentalidad de monopolio, viven una cierta desconfianza ante lo que no depende directamente de la Administración. Entienden que el cauce ordinario para satisfacer algunas necesidades de todos es el ofrecido por ellos; en la enseñanza, los centros que no dependen directamente de la Administración, son vistos como excepciones al régimen regularizado.

(***Los poderes públicos de las personas***) Los defensores de la dicotomía entre lo público y los particulares, se fundamentan, en definitiva, en entender que es válida *la representación espacial de dos mundos distintos*, uno el de la entidad pública, siempre sometida a leyes generales, mientras que el ámbito de las personas como tales sería el de la estricta privacidad, y corresponde al poder político solamente, cuando se al caso, defender tal privacidad declarándola no regulable jurídicamente. Ciertamente, por razones de funcionalidad es imprescindible distinguir entre los gobernantes y el resto de los ciudadanos, pero según una razón de ser que ha de ser lo más leve posible, porque los protagonistas de la vida pública son ante todo los ciudadanos. Es cierto que en una democracia los ciudadanos votan a sus gobernantes, y este hecho puede producir la apariencia de que los gestores de los intereses públicos son exclusivamente los designados en las votaciones. Pero se trata sólo de una apariencia que unas veces muestra un hecho cierto y otras veces no. El poder responde a las carencias de los ciudadanos porque *los poderes son tanto funciones de las personas como de las cosas; esto es, son funciones de las necesidades de las personas, o de las personas en sus necesidades*. Unas veces predomina el sesgo personal, y entonces hablamos de las exigencias de la libertad, y otras veces emerge con más fuerza lo que objetivamente demandan las carencias humanas, y entonces aludimos, por ejemplo a la Seguridad Social.

No trato de recortar lo público para que se extienda lo privado: esta tesis iría contra la médula misma de esta propuesta. Tampoco se trata de creer gran cosa en las virtualidades de las explicaciones usuales sobre las diferencias del Estado y la sociedad civil, como para defender a los particulares frente a posibles prepotencia del Estado. Los planteamiento mismos de las oposiciones usuales entre "Lo público—lo privado" son ya analíticos, pues lo uno presupone dialécticamente lo otro, y en muchos casos también lo prejuzga de acuerdo con las connotaciones que hemos introducido en el habla cotidiana, hoy moldeada ante todo por los medios de comunicación. Los que dejan reducido el derecho a una esfera autonomizada de normas, parecen desconocer un hecho radical, a saber, que *las personas somos las mismas seamos o no funcionarios, desempeñemos o no cargos públicos*. Esta doble condición se manifiesta en el curso que sigue el dinero: lo que está en los presupuestos es dinero público, pero una vez que ese dinero ha pagado el sueldo del funcionario o del contratista se convierte inmediatamente en dinero privado.

Hace un siglo Adolf Merkl ironizaba sobre esta separación doctrinal entre lo privado y lo público, e indicaba que la seguridad social era un organismo público, pero que los perceptores de sus prestaciones eran personas privadas: “Dinero público, bolsillos privados”. Sólo mantienen la existencia excluyente de la Administración aquellos que sostienen, como hecho evidente, que uno es *siempre* el momento de lo público y otro es *siempre* el momento de lo privado. No es fácil reconocer hoy el carácter público de cada relación jurídica, pues al hablar de carácter público pensamos en los derechos estatutarios de las corporaciones de derecho público. Pero no es la lógica la que envuelve a este tema, sino la bruma, como vemos, por ejemplo, en el hecho que consiste en que las numerosas declaraciones de derechos humanos del siglo XX han aumentado los derechos que han de ser protegidos por el poder político, y junto a los derechos estrictamente individuales han proclamado también los derechos sociales.

Pero esta terminología tiene algo de misteriosa, pues si es un derecho social del individuo formar parte de una iglesia o de un partido político, también es un derecho no menos social de él comprar, alquilar o hacer testamento: *si los derechos no tuvieran desde su inicio una índole necesariamente pública no serían derechos*.

¿Dónde estaría la línea divisoria entre lo que es simplemente relevante jurídicamente y lo que es derecho en nombre propio? Ésta es una pregunta que se interroga sobre un campo demasiado extenso. Quizá, el dato primero que emerge con claridad desde esta pregunta así formulada, es el hecho de que la sociedad representa a todas las personas, y cada persona, en su universalidad, porta en sí a toda la sociedad: por ello, si alguien ataca a una persona, el sujeto dañado es esa persona concreta, pero ha de responder toda la sociedad. *Lo público o lo oficial no constituye únicamente una dimensión de la sociedad considerada en su conjunto*; tampoco consiste en una faceta individual de las personas, *sino que se prolonga a lo largo y ancho de las personas y de la sociedad, sin que podamos separar desde este punto de vista a la persona individual y a la sociedad*, o a la faceta privada y a la vertiente pública de las personas. La expresión misma de sociedad política, y otras similares, son imprecisas, y Tomás de Aquino nos indicaba que la palabra ‘vida’ era excesivamente abstracta, porque así como la carrera consiste en el hecho de correr, la vida consiste en los hechos propios del vivir.

Bastantes teorías políticas han descuidado considerar que buena parte de las manifestaciones de *las iniciativas o de las necesidades de los ciudadanos* -a las que podemos llamar necesidades personales o privadas, si ése es nuestro gusto- *tienen*

directamente naturaleza pública, y habría que hablar de *la vertiente pública de lo que aparentemente es privado*: procediendo así, la dimensión de lo público no disminuye, sino que aumenta, porque esta vertiente de la vida humana ha de abandonar su esfera parcial por autonomizada, y mostrarse como una realidad que es de cada uno y de todos de los ciudadanos: pues si es importante señalar el 'todos', *es igualmente decisivo insistir en la referencia al 'cada uno'*, ya que la totalidad uniforme mencionada por el 'todos' no representa adecuadamente la multiplicidad de las caras de la vida humana. Cuando el propietario exige que se respete su propiedad, cuando el profesor exige silencio a sus alumnos, cuando los clientes de los bancos exigen en los tribunales defensa ante las comisiones bancarias excesivas, esas personas no están realizando actividades privadas, ni su cotidianidad es irrelevante ante el derecho.

La dignidad exige que todo ser humano reivindique su condición simultáneamente pública y privada. La esfera pública se compone de distintas facetas, unas más jurídicas y otras más políticas, porque desde algunos puntos de vista tan pública es la actuación del que acude a votar al nuevo gobierno, como el trato del profesor con sus alumnos. Cuando afirmamos que el ser humano es necesariamente social, no nos referimos a la índole necesariamente social del ser humano; éste sería un simple dato de hecho. Que el hombre sea social indica ante todo *un status activo de ciudadano por el que puede exigir que sus derechos sean defendidos o hechos realidad por la fuerza organizada de los demás porque la universalidad de la persona hace que la lesión a una persona devenga asunto universal*, es decir, de todos.

(***La pervivencia de la mentalidad liberal puede ser negativa para la libertad***) Esta cerrazón de la Administración sobre sí misma se debe a que el Estado es una conciencia representativa de sí misma que, *eo ipso*, rechaza todo lo que no pueda pasar por su primitivo contexto de justificación, que opera como un carcelero que tanto rechaza injerencias externas como cuida para que la Administración no pierda ninguna competencia momentáneamente a su cargo. En este volverse el Estado sobre sí para ampliar su radio de acción y hacerse cargo de las nuevas emergencias, él se ha cargado con tareas que no tendrían por qué formar parte de sus competencias y ha aumentado las declaraciones de las libertades concretas, al mismo tiempo que, paradójicamente, ha incrementado desmesuradamente las sujeciones administrativas: *la nuestra es una sociedad excesivamente normativizada*. La instancia política quiere llegar a ser un

Estado social de derecho, y tutela a sus ciudadanos buscando para ellos la calidad de vida que –se sobreentiende colectivamente- solamente la puede proporcionar el poder público. Pero el Estado, mientras más habla de libertad personal, en mayor medida normativiza la vida de todos *y también en mayor medida decide por todos*. El ciudadano actual deviene un tutelado y un subvencionado que necesita ser subsumido en el Estado aunque tenga la posibilidad de votar cada cuatro años la permanencia del gobierno. Además, se hacen verdad las observaciones de Parijs: "Una democracia no funciona mejor porque los representantes del 'pueblo' hagan lo que el 'pueblo' quiere. No sólo por la razón evidente de que el 'pueblo' no siempre está bien informado, y tiene la sensatez de no intentar saber todo lo que hay que saber para decidir bien y delega en consecuencia esta confianza. Si el ideal democrático no es la representación perfecta es, fundamentalmente, porque los representantes del 'pueblo' se ven obligados a discutir, a argumentar en un espacio público y por esta razón no pueden, no se animan siempre a decir lo que piensa el pueblo al que representan. (Lo más odioso que dice el político es aún mucho menos odioso que lo que piensa una buena parte de su electorado)".

Pero seamos realistas: el problema de la libertad en el interior del poder sigue siendo especialmente vidrioso porque *sobreviven y convergen en él algunas exigencias de las doctrinas liberales*, de forma que lo que siglos fue la garantía de la libertad política es hoy la rémora de esta libertad. Desde un punto de vista muy teórico, vemos que los liberales siguen asidos a las teorías básicamente contractualistas (un rasgo de su identidad colectiva), y *pasan sin transición desde los individuos aislados al único poder creado mediante el contrato*. Solamente conciben una sociedad atomizada compuesta por individuos cargados de derechos y quieren un Estado con el menor número posible de mediaciones entre los ciudadanos y el poder político: quizá el ejemplo más conocido de esta forma de vivenciar al poder político y a las personas es el que proporcionan las obras de Berlin. Esta carga liberal política -otra realidad es el liberalismo económico de Hayek o Mises- es el factor que doctrinalmente determina las simpatías hacia este estilo de vida.

VII

BASES PARA UNA PROPUESTA METÓDICA

El empirismo ha sido una filosofía parasitaria del materialismo mecanicista. El método mecanicista, al perder su rango de patrón de los métodos del conocimiento humano, ha arrastrado consigo al empirismo. De todas formas, el empirismo del siglo XX presentaba suficientes fallos, como hemos visto en las páginas anteriores, por lo que debiera parecer que él se ha hundido por sí solo. Esto sería así desde el punto de vista de la lógica estricta, pero las ciencias que hacemos los hombres, siempre sometidas al prestigio y desprestigio que les llegan desde diversas instancias, no siguen las leyes de la lógica. Para que el empirismo mostrara claramente sus deficiencias ha sido necesario que la teoría científica en la que ellos se apoyaban, la mecánica de Newton, se mostrara inadecuada a lo que los físicos observan en sus laboratorios. El método newtoniano ya planteaba serios problemas en el siglo XIX, cuando se iban acumulando los absurdos que este modelo mecánico no podía explicar. Finalmente, hacia 1910, las observaciones de Planck y más tarde de Heisenberg, mostraron que las bases del método materialista eran sencillamente falsas, y el 'método científico' por excelencia ha quedado hoy simplemente como la 'mecánica clásica', que concurre con la 'mecánica cuántica' de Planck y con las explicaciones de Einstein.

Esta crisis del modelo tradicional ha influido decisivamente en los cambios metódicos de las ciencias humanas. Ciertamente, los teóricos del derecho y de la política no son dados a leer libros de física, y no se puede decir que la crisis del método entre materialista y mecánico haya desencadenado directamente la crisis actual sobre el estudio del derecho y la política. Pero la Universidad forma parte del conjunto de la cultura, y la crisis del paradigma científico ha acabado calando en nuestro conjunto cultural. En estos últimos años ha habido tres modos de estudiar los temas humanos que parecen haberse hundido irremisiblemente: el marxismo, el materialismo clásico y el empirismo.

Ya indiqué que pasan los métodos científicos pero permanecen los profesores. Los seres humanos rara vez somos persistentes en nuestras actitudes. Así como en la Alemania de los años '30 hubo millones de militantes del partido Nacional-Socialista,

pero después de abril de 1945 ya no había ninguna persona que profesara simpatías por ese partido, una vez desaparecido el marxismo del horizonte universitario, sus antiguos simpatizantes, o defensores, o promotores, se han deslizado hacia un suave liberalismo de izquierda que mantiene las negaciones ontológicas que fueron propias del empirismo. Parecería que, una vez removido el obstáculo mecanicista para reconocer que las cosas y las personas existimos, debiéramos haber debido volver al estado del problema tal como quedó planteado en tiempos de Hume. Pero quien ha optado por una opción *ideológica*, en el sentido antiguo de este término, no se desanima y continúa adelante con algunas de sus tesis más básicas.

Escribo en el año 2011. Vivimos un momento extraño, porque el fallo del modelo materialista y empirista parece haber dejado huérfanos a muchas personas de nuestro tiempo. Al fallar el suelo seguro de la mecánica de Newton, el hombre del siglo XXI se siente inseguro, como si el suelo se le hundiera bajo sus pies. Bergson indicaba que la geometría era la metafísica natural del espíritu humano, y Heisenberg, más recientemente, explicaba que la mecánica clásica era ese esquema sin el que la razón humana no sabe cómo trabajar. Reitero que no hace falta tener ni la más mínima idea de los campos electromagnéticos, ni de los movimientos intraatómicos, para saber con certeza que mentir está 'mal'. ¿Se puede *demostrar* que mentir es malo? No. Pero tampoco podemos demostrar cuales son las bases moleculares de nuestro mundo. Y así como, entretanto, los físicos de laboratorio siguen desarrollando nueva tecnología a pesar de la sequía científica teórica de estos últimos 60 años, cualquiera de nosotros debe saber –con igual precisión- que conducir imprudentemente es malo.

§ 38. Reivindico la ontología en los razonamientos jurídicos.

Las Edades Moderna y Contemporáneas han sido los momentos de las *teorías*, y parece necesario criticar este molde operativo que en un primer momento recibió el nombre de teoría y, más tarde, también el de ideología.

Una teoría se define por dos notas. *Ante todo*, porque trata de ser la explicación completa y excluyente de un tema. Ha sucedido que el hombre de la Edad Moderna se hizo la ilusión de distanciarse él del 'mundo', de encapsular al mundo, y de explicarlo de forma parecida a como uno de nosotros describe a un edificio. Los filósofos

empiristas creyeron que ellos podían retirarse de lo que era su propia racionalidad, distanciarse de ella, y describirla con precisión.

(***El criterio de la validez***) *La segunda nota* sería la siguiente: para lograr la unidad que ha sido propia de las teorías modernas ha sido necesario imponer métodos científicos muy restrictivos. Lo que se presenta ante la consideración del científico es múltiple porque se compone de percepciones muy distintas, y para captar todo ello bajo una sola teoría ha sido necesario históricamente homogeneizar lo que ha de ser estudiado; esta homogeneización la lograron señalando las únicas facetas de las cosas que había de tener en cuenta el científico, y *excluyendo* a todas las demás. Ya indiqué que se impuso la teoría que únicamente aceptaba como científicos los datos de las cosas que eran medibles en peso, número y figura, datos que fueron llamados 'cualidades primarias', mientras que los aspectos de las cosas que no soportaban este tipo de medición fueron llamados 'cualidades secundarias' o, despectivamente, 'cualidades ocultas'.

Por este motivo el método científico moderno ha sido sinónimo de *exclusión*: situaron un nivel, al que podemos llamar *nivel de justificación*, y sólo lo que pudiera pasar a través de ese criterio, era científicamente relevante. Como la cantidad de cebada que un agricultor vende a un ganadero podía ser medida según su peso, ése –el peso- era un dato científicamente relevante; en cambio, el contrato por el que se vendía y compraba la cebada no tenía cabida en la ciencia. Todo nivel de justificación impone un *criterio de validez*, como vemos en la explicación del derecho: antes de la creación del Estado tenía rango jurídico la opinión de un jurista destacado; pero una vez creado el Estado dejaron claro que sólo podían tener naturaleza jurídica las órdenes o mandatos del legislador que fueran *válidos*, esto es, que hubieran pasado el test de la validez por haber sido dictadas tales órdenes de la forma establecida.

(Como lo expulsado por la puerta vuelve a entrar vergonzosamente por la ventana, el último tercio del siglo XX se ha visto forzado a reconocer también la naturaleza jurídica de muchos razonamientos sobre el derecho: ahí está ahora la obra de Ronald Dworkin, que se ha convertido en casi una Biblia de los positivistas en el derecho; sólo que ahora llaman a su actitud 'Positivismo jurídico incluyente'. Es decir, aunque mantengan el título de 'Positivismo jurídico', han prescindido del criterio de la validez jurídica que ha sido propio de la Edad Contemporánea).

Sucede que la normatividad no resulta desde ‘una’ simple adecuación de una conducta a un código, porque las conductas pueden relacionarse con reglas puestas o supuestas de *muchas maneras*: Guillemo de Ockham nos dejó una observación precisa: declarar que algo no es procedente porque “Funda en una regla lo que tiene muchas instancias”: *Quia fundat in una regula quod habet multas instantias*. Si alguien se empeña en seguir estrictamente un criterio de validez, podrá hablar de conductas adecuadas, desviadas, absurdas, o no concordes, pero desde estos calificativos no surge ninguna normatividad en un sentido digno de este término, es decir de una normatividad que cree un *deber* propiamente humano. La adecuación normativa jurídica no puede fundarse sin más en una relación de cualquier correspondencia entre una conducta y una norma.

(Tal adecuación sí puede ser así cuando estemos ante códigos que pudiéramos llamar privados: Mengs, el pintor de la Corte de Carlos IV, entendía que los cuadros de Velázquez valían poco porque no sabían expresar la belleza: pero el suyo era un código personal que no nos compromete a las demás personas, que entendemos, a diferencia de Mengs, que los cuadros de Velázquez son excepcionalmente valiosos).

(***Contextos de ‘representación’***) Las formas mentales de las teorías e ideologías han dependido históricamente de la imposición de un único criterio de justificación o validez. Si prescindimos de un criterio de validez solitario y excluyente, ¿con qué nos quedamos para calificar jurídicamente a una conducta?

Es preciso hablar de los contextos plurales de representación (dicho con más exactitud, de las representaciones) porque no disponemos ni en la ciencia en general ni el derecho en particular de un criterio epistemológico que sea único; únicamente tenemos contextos de representación que nos ayudan a acceder a cada realidad observada[12]. Porque *cada cosa sólo se deja conocer desde ella misma, y en la medida en que ella se nos muestra*: la cosa de la enseñanza tiene poco en común con la del servicio del taxi, y los modos como los taxistas calculan sus tarifas son francamente distintos –y deben serlo- de los modos cómo los profesores preparan sus clases.

La pugna metódica más general está entablada hoy entre las exigencias de los restos del antiguo mecanicismo, que sólo admitía causas eficientes-mecánicas que

[12] . Vid. Mi estudio Delgado Notax

resultaban desde el criterio solitario de la validez, y las teorías que reposan sobre la comprobación de tendencias o finalidades distintas que no pueden resultar desde una sola instancia. Para no incurrir en más oscuridades hay que reconocer que el origen del razonamiento práctico ha de ser *teleológico*, con tantos fines y matices como crea *la diversidad de las necesidades*, porque los institutos jurídicos solamente existen por y para nuestras necesidades. Mientras dominó la mecánica clásica la mentalidad colectiva entendió que las causas finales eran supercherías; la mecánica cuántica ha mostrado que los movimientos más básicos son los tendenciales o finalistas, y estamos en mejores condiciones para entender que cada institución jurídica es la protagonista de sí misma a través de su finalidad.

(La diversidad reclama sus derechos). Pero este tema se vuelve más oscuro cuando comprobamos, otra vez, que la pluralidad vital expresada en la multitud de instituciones jurídicas se ve enturbiada por el espíritu del sociólogo que, de la mano de alguna actitud holista, es dado a distinguir en el interior del todo social diversos subsistemas: parece que el prefijo 'sub' añadido a un término ya garantiza el debido orden y jerarquización entre las posibles partes de lo que es estudiado. Debieran aprender del modo de trabajar de los biólogos, que cuando encuentran animales concretos que son similares desde algunos rasgos que son suficientes para inordinarlos en alguna clase más amplia, designan a este conjunto mayor con el nombre de especie; los biólogos no deducen a los individuos desde las especies, sino que inducen los grupos más amplios (las especies) desde lo observado en los individuos, sintetizando cualidades individuales para agruparlas más tarde. Pero el estilo holista de los sociólogos procede al revés porque ellos consideran en primer lugar a la sociedad en su conjunto, y una vez 'instalados' en esta extraña noción, individúan posteriormente sus distintos sectores.

(En esta línea, Luhmann mantiene que se trata de adjudicar siempre a la sociedad en su totalidad misma la creación de los sistemas que existen en ella, y que sólo a partir de este presupuesto cabe preguntarse por los resultados de auto-organización y auto-abstracción de los sistemas parciales de la sociedad. Entonces hablan de los subsistemas educativo, sanitario, político o industrial creados por los procesos de autocreación del todo social. Esta explicación se sustenta porque entienden que la función de estos subsistemas es la de servir a la reproducción del todo genérico

que, a su vez, no sabe según qué criterios ha de actuar, porque actúa contingentemente: Niklas Luhmann estableció que las directrices han de ser pautas que le llegan aleatoriamente desde el exterior).

La negación de la diversidad de las cosas se ha hecho históricamente de la mano de las filosofías materialistas: desde el punto de vista del materialismo *todo es siempre lo mismo*, aunque aparentemente se nos presenten ante nosotros realidades distintas. Veamos: la diversidad puede manifestarse cuantitativa o cualitativamente. Cuantitativamente: un paquete con un kilo de azúcar es distinto del paquete con sólo medio kilo de azúcar. *Cualitativamente*: un paquete con un kilo de azúcar es *distinto* de otro paquete similar porque el papel del envoltorio está diseñado con gusto. Usamos en ambos casos el adjetivo 'distinto', pero el 'distinto' cualitativo designa una realidad completamente diferente del 'distinto' cuantitativo. Al mencionar la cantidad hacemos uso de una 'cualidad primaria' de los cuerpos, y al distinguir entre el azúcar y la harina nos referimos a formas o cualidades distintas. Un materialista no puede admitir ni formas ni cualidades diversas.

(***Los distintos movimientos de los seres***) Frente a los planteamientos que parten supuestamente de considerar la sociedad en general, o la vida humana, o la moral o la justicia en general, es preciso afirmar la intuición aristotélica, que no tanto reconoce 'el' movimiento como los movimientos necesariamente plurales, ya que cada cosa tiene su propio movimiento, naturaleza o forma y esta tesis se traslada inmediatamente también a las exigencias epistemológicas. Recordemos que Tomás de Aquino estableció que la naturaleza o la forma de una cosa es su peculiar tendencia a hacia el movimiento es propio de ella, y esto es así hasta tal punto que solamente conocemos las cosas por 'algunos de sus efectos'. Los aristotélicos no se movían sobre conceptos fijados racional e inmutablemente; reitero que ellos mantenían que no conocemos lo que las cosas son en sí, sino solamente que sabemos 'algo' sobre ellas examinando sus efectos, y que la naturaleza de una cosa no es una idea al modo platónico, sino la fuerza interior que porta cada ser que le empuja a llegar a ser con toda la fuerza de su ser: *Secundum totam essendi potestatem*.

Efectivamente, la filosofía práctica no tiene a mano un método que arranque desde pocos axiomas que sean proseguidos linealmente. Hace años redacté un artículo

en el que trataba de aludir al método de los juristas del *Jus Commune*[13]. No tuve casi nada que decir, excepto lo que me evocaron otros estudios sobre este tema de acuerdo con las fuentes que yo había estudiado: que es propio de la ciencia del derecho tratar sus problemas desde el contexto propio de cada uno de ellos, es decir, el honor desde el honor, el dinero desde el dinero, los efectos desde las causas, o a las causas desde sus consecuencias: el trabajo jurídico no conoce un punto de referencia único y de función sistemática al que hubiera de remitirse para dar razón de sus explicaciones.

Abundando en esta idea, Dilthey explicaba que se requiere un constante ejercicio para ser capaz de representarse como contenidos parciales y simultáneos de la realidad, y no como abstracciones, esos nexos de interacción que se imbrican e interfieren unos a otros y que se cruzan en los individuos, que son sus portadores. En cada uno de nosotros hay diversas personas: el miembro de una familia, el ciudadano, el profesional, el ser libre que trata de trazarse un plan de vida según su inteligencia de las realidades. Explica Dilthey que nos encontramos en el orden jurídico, en un nexo teleológico y múltiple de la vida que busca su satisfacción: sólo mediante la autorreflexión, la autognosis, hallamos en nosotros la unidad y continuidad de la vida que soporta y mantiene esas relaciones diversas. También la vida de la sociedad humana reside en la producción y configuración, en la particularización y el enlace de esos hechos permanentes, sin que ni ella ni alguno de los individuos que colaboran en su sostenimiento tenga por ello conciencia de su conexión recíproca[14].

(***La unidad sistemática no explica nuestra vida***) Efectivamente, la filosofía práctica, que no hace planteamientos generales, debe ser llamada *asistemática* tanto porque enseña cómo alcanzar bienes diversos, como porque su discurso normal se mueve en un plano alejado tanto del móvil inmediato como del ideal último, que resulta

---

13 . *En torno al método de los juristas medievales*, en "Revista Española de Historia del Derecho", (1982) págs. 617-647.

14 . Vid. *Crítica de la razón histórica*, trad. C. Moya, Península, Barcelona, 1986, pág. 79. Añade que "Si la ciencia particular separa estos estados permanentes del juego incesante, vertiginoso, de cambios que llenan el mundo histórico-social, tales estados sólo tienen, sin embargo, su origen y sustento en el suelo comunitario de esa realidad; su vida transcurre en las relaciones con la totalidad de la que han sido abstraídos, con los individuos que los sostienen y configuran, con las demás formaciones duraderas contenidas en la sociedad. Se plantea, entonces, el problema de la relación recíproca entre las aportaciones de estos sistemas en la economía global de la realidad social". *Op. cit*., págs. 79-80. Sobre las razones últimas de Dilthey, vid. Trigeaud, *Essais*.., cit., págs. 127-129.

ser demasiado lejano y poco operativo jurisprudencialmente[15]. El investigador barrunta que el factor más decisivo en este tema es el del *plano medio* en el habita el derecho, como en general la doctrina ética. Esta falta de operatividad del referente último lo comprueba la vida cotidiana, que asiste al hecho continuado de cómo el fin último no se constituye en tal tanto por su prosecución lineal del ideal, como por la vivencia adecuada de los medios. Porque casi nadie refiere el modelo real y eficaz de sus conductas a metas últimas, sino que todas las instituciones jurídicas se explican por motivaciones intermedias en el contexto de una cotidianidad que normalmente se basta a sí misma, supuestos pero normalmente no expresados los fines últimos.

Los teóricos de la ética han deseado una teoría unitaria que abarque y explique estas irreductibilidades, y ahí están los seguidores de Kant en los siglos XIX y XX (pensemos en personas tan dispares como Wilhelm Traugott Krug hacia 1830 o Rudolf Stammler hacia 1910), o los utilitaristas del tipo de Bentham. Pero con las obras de Stammler o Bentham en la mano, redactadas desde un solo punto de vista teórico, ¿un juzgador puede dar a cada uno lo suyo? No me refiero, obviamente, a lo que ya es propiedad jurídica de cada cual según el derecho vigente, sino a *lo que es propio de cada cual según cada relación humana*[16]. Pues lo que es propio del profesor de teoría del derecho es distinto de lo que es propio del monitor de gimnasia. Proponer teorías cerradas y acabadas, que prescinden del análisis y síntesis de lo concreto en sus circunstancias actuales, es fácil, y todo se resuelve en cuestión de ingenio; lo difícil es saber vivir cada una de las relaciones financieras, laborales, administrativas, familiares, comerciales, etc., *simultáneamente en su especificidad y relaciones mutuas*, porque esto requiere conocimientos y capacidades frecuentemente sólo al alcance de los expertos.

---

[15] . Toulmin destaca cómo los ambiciosos intentos por definir los conceptos generales fracasan: “Que todas las respuestas lacónicas dadas a estas preguntas, si se toman literalmente, son falsas, y que, si se toman figurativamente, sólo pueden, en el mejor de los casos, fijar la atención en alguna característica especial del concepto”. *El puesto de la razón en la ética*, trad. I. F. Arias, Alianza, Madrid, 1979, pág. 92. Ésta es una vieja idea que ya destacaba Herbart en 1836. Vid. *Analytische Beleuchtung des Naturrechts und der Moral*, Göttingen, 1836, *Vorrede*, pág. VII.

[16]. La crítica de Pascal a este tipo de teorías sigue aún en pie: “Se me argüirá que cada de esas fórmulas ofrece la ventaja indiscutible de encerrar todo el mundo ético en una sola frase. No lo niego, pero respondo que ello es inútil si no se explica, y que cuando se empieza a explicarlo, o bien se determina el precepto que contiene todos los otros, surge la primera confusión que se quería evitar. Así, permanecen allí ocultos y baldíos, como pudieran estarlo en un cofre, y no aparecen más que en su confusión espontánea. Pero la naturaleza los ha establecido todos, sin encerrar los unos en los otros”. *Pensamientos*, trad. E. González Blanco. Librería Bergua, Madrid, 1933, nº 20.

Pero el materialismo posee *su propio sentido común*, que aún es el dominante en las capas populares. Si un lector de estos Apuntes piensa que, a pesar de todo, todo lo que existe es materia y que la materia está compuesta en definitiva por un solo elemento, debe consolarse considerando que lo que él piensa es lo que aún hoy es la mentalidad popularmente dominante. Pues un materialista *tiene que pensar* que, a pesar del fracaso de la mecánica clásica, a pesar de que la mecánica cuántica muestra experimentalmente que las partículas de nuestro mundo físico tienen movimientos propios, tendenciales o finalistas, por lo que no es posible hablar en la ciencia de un solo tipo del movimiento, lo cierto tiene que ser que existe una protorealidad que se despliega fragmentadamente con formas que parecen distintas pero que, en realidad, sólo son variaciones de una única y misma cosa o 'materia'. Luhmann, que es el representante más conocido hoy de esta mentalidad, entiende que sólo ha de existir esa primera realidad que ha evolucionado "Desde las tinieblas originarias" hasta hoy formando sistemas distintos y almacenando información, una información que cada sistema actualiza constantemente en el juego del *input/output*. Tomó una idea de Maturana (biólogo chileno) y expone que los movimientos en el interior de cada sistema sólo pueden ser los más elementales, los movimientos de división que observamos en el interior de las células. Este representante de las teorías sistémicas (así se llama esta filosofía de la ciencia) quiere explicar, desde el inicio de las 'tinieblas originarias', el big ban, la formación de las galaxias, el sistema solar, el comportamiento de los vegetales, de los hormigueros o de los hombres y, en el interior de los temas humanos, quiere explicar de la misma forma los problemas de la sanidad y el código civil. Es lógico: un materialista únicamente puede reconocer un solo movimiento.

A diferencia de Luhmann, el investigador no sabe como se han formado en la eternidad la totalidad de los sistemas: prefiere reconocer sencillamente que una compraventa es cosa *realmente* distinta de un usufructo que no aventurar una explicación total de la totalidad que no tendría ningún fundamento especial para su credibilidad y que, desde luego, en el plano propio de la teoría del derecho, no puede proporcionar criterios universales para determinar las respuestas que hay que dar a cada necesidad. Es preciso reiterar que ningún hombre puede saber si el género humano hubiera podido llegar a ser de otras formas, pero que ahora, tal como somos, tenemos el deber de saludar a los conocidos que encontramos por la calle.

§ 39. ¿Qué método?

Un hecho tiene valor universal cuando habla por sí mismo en un lenguaje universalmente inteligible, porque los profesores, yéndonos a nuestra cotidianidad más clara, sabemos que la preparación de las clases es imprescindible para la claridad que nos exigen los alumnos: luego el profesor que prepara su clase realiza un trabajo universalmente inteligible. Podemos dar mil vueltas en un plano abstracto a lo que podemos entender por inteligible o universal, y no nos pondríamos de acuerdo: se manifiesta una vez más la oportunidad de la explicación de John Austin cuando expresaba que parece que corresponde a la naturaleza de la verdad ser concreta[17].

Los hechos y acciones poseen fuerza para hacerse entender gracias a esa cotidianidad que menciona Austin, a la que un filósofo aludiría como la vertiente semántica de los conceptos, y éste es un problema que se nos impone recurrentemente. Si hablamos de 'campos de habla' al modo de Saussure (y también de otros empiristas del siglo XX), el universitario puede evitar tan abstracta como académicamente los problemas semánticos al hablar de los derechos y deberes cotidianos del profesor; pero éste es el caso paradigmático en el que se manifiesta la divergencia entre la experiencia del día a día y la realidad academicista. Adolf Merkl, en un estudio ya algo viejo pero no superado en sus ideas directrices, explicaba que toda definición ha de definir y justificar el concepto que utiliza; la demostración se produce demostrando su valor heurístico.

Efectivamente, existe una lógica de las ciencias naturales, y aunque puedan existir muchas teorías, con su correspondiente valor positivo, en definitiva ha de haber una sola estructura lógica de lo científico en tanto que científico: esta estructura es *la razón metódica demostrativa*, que más una teoría acabada es un esfuerzo humano tan continuo como inteligente, que nos permite hablar de la sucesión de los métodos de la ciencia en la historia reconociendo cada uno de estos momentos como un verdadero método científico. La razón metódica demostrativa en la filosofía del derecho viene constituida, entre otras cosas, por este día a día en el que sabemos que el profesor debe explicar con claridad y que el conductor debe conducir con prudencia. Ésta es una larva de la racionalidad práctica que nos muestra una estructura lógica de lo jurídico en tanto que jurídico.

---

[17] . Vid. *Lectures*.., cit., pág. 115.

Efectivamente, el investigador que trabaja en el derecho reconoce concreciones inesquivables que guían forzosamente su discurso, y estas concreciones le permiten describir con cierta precisión –a veces- los conceptos que él utiliza. Pero si expone esta crítica en este tono, pronto le asalta un cierto complejo, porque ¿es decente explicar en términos sencillos temas que han sido debatidos con extraordinaria agudeza analítica por excelentes cabezas a lo largo del siglo XX? El expositor tiene miedo de que, al proceder de este modo, la trivialidad precientífica desconozca las complejidades que contendrían los problemas. Pero, realmente, ¿estos problemas conllevan tantas dificultades? El investigador se ve animado, entre otros, por el ejemplo que proporcionó H. L. A. Hart, que emprendió una empresa de este tipo a la altura de 1960 expresándose en un lenguaje sencillo en medio de las discusiones tan exquisitamente afiladas propias de las filosofías de Quine o Austin. Hart expuso su explicación usando el lenguaje y la lógica de la cotidianidad, sin dejarse empantanar por las discusiones que mantenían los filósofos analíticos coetáneos. Además, el investigador que vive en el derecho tiene ante su vista las concreciones propias del derecho. Por el contrario, los planteamientos de Hume, Saussure o Luhmann son grandiosos, al margen de cualquier concreción, porque abarcan nuestro conocimiento sobre el sistema solar, las galaxias, y las hipotecas[18]. (Como ninguna razón es capaz de abarcar las legalidades específicas de lo que existe, la desesperanza ante esta tarea lleva hacia las reducciones simbólicas inevitables en las que los datos de la cotidianidad dejan de contar).

(***Nuestro conocimiento es simplemente el 'adecuado'***) No sirve siempre la metafísica de Gabriel Vázquez de Belmonte o Luis de Molina, que únicamente conocía esencias racionales inmutables. Reivindico la verdad de este conocimiento sencillo que

---

[18] . Al filo de esta mentalidad, Habermas llega a decir que "Las estructuras de la subjetividad lingüísticamente constituida … resultan constitutivas tanto para los sistemas sociales como para los sistemas de personalidad … Cuando se escudriñan las instituciones sociales y las competencias de acción de los individuos socializados, guiándose según propiedades de tipo universal, se acaba llegando a las mismas estructuras de conciencia … En este plano, la reproducción de la sociedad y la socialización de los miembros pertenecientes a ella, integran dos aspectos del mismo fenómeno, dependientes ambos de las mismas estructuras". *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo, Taurus, Madrid, 1981, pág. 13.

Habermas explicita su tesis fundamental, en un marco similar desde puntos de vista decisivos: que las conciencias individuales sirven a la reproducción del todo social cuando han sido suficientemente socializadas mediante una intersubjetividad lingüísticamente constituida, de forma que las instituciones sociales convergen en su eficacia con las conciencias subjetivas. El problema para aceptar esta tesis reside en que se refiere solamente a estructuras del lenguaje construidas intersubjetivamente, es decir, a realidades simplemente generales pero a las que Jürgen Habermas otorga sin motivo suficiente la calificación de 'universales'.

nos permite saber que el exceso de alcohol es malo, pues el ser humano dispone de un sistema universal de tratamiento de la información, su *hardware* cognoscitivo y creativo, que es su base neuronal. El hombre vive en dos mundos: uno es el de lo que hay o existe, y el otro es el del lo que es al caso para él; este último es su mundo, el que ha podido conocer gracias a su sistema neuronal según las elaboraciones reflexivas que ha ido recibiendo la experiencia humana acumulada en la historia. Sabemos que a veces existe una cierta correspondencia entre un mundo y otro porque la información procesada nos permite sobrevivir o mejorar las condiciones de vida. Esto es, existe una cierta analogía entre lo que conocemos y lo que ‘es’, y hemos de *postular* la existencia de tal parecido porque nuestros conocimientos teóricos y prácticos ‘funcionan’ eficazmente, de modo general, en la praxis, sea la praxis propiamente humana que da lugar a la filosofía práctica, sea en la tecnología.

Incidentalmente diré que hay que distinguir, en plano puramente personal, entre los físicos y otros tipos de investigadores, hecho que comprobamos cuando vemos que físico y el jurista se distancian algo en su apreciación de lo que es válido o cierto. Pues el físico es un profesional al que le han revolcado sus métodos de conocimiento varias veces en el siglo XX, y está desengañado de las capacidades de los métodos científicos y, por ello, de los ‘conocimientos’ que posee ahora. Volviendo al tema principal, Tirso de Andrés explica que es comprensible esta afirmación de la analogía entre lo que hay y lo que tenemos porque, si se mira bien el asunto, hay que mantener que todo el conocimiento es analógico, dado por moldes de diverso tipo, por lo que nuestro entendimiento elabora una semejanza de la cosa conocida. Pero, prosigue este autor, las cosas no se conocen directamente sino que se conocen en y por la semejanza que hacemos de ellas mediante el sistema de tratamiento de la información, y este hecho se puede expresar con terminología filosófica explicando que el conocimiento lo obtenemos siempre según una semejanza: Tomás de Aquino escribía que “Para conocer se requiere que se dé una semejanza de la cosa conocida en el cognoscente”.

El hecho de la desproporción entre la capacidad cognoscitiva y la plenitud de lo que ha de ser conocido es innegable, pero lo que nos evoca la palabra desproporción no puede ser traspasado siempre, y en toda su intensidad, a nuestros conocimientos. La razón de la relativa seguridad de lo que sabemos puede consistir en la misma razón por la que la aritmética que usan los contables es válida a pesar de los axiomas limitadores de Gödel, o en el mismo motivo por el que las leyes de la mecánica clásica funcionan

bien –aunque sólo frecuentemente- a pesar de las comprobaciones de Planck. La evolución nos ha hecho desarrollar programas que procesan la información en nuestro mundo sublunar, a escala del tamaño de la corteza terrestre.

(***Diversos planos de la ontología***) Cual sea la verdad última de las galaxias, del sistema solar, de la vida que estudian los biólogos o de la razón humana, son cosas sobre la que el investigador confiesa su completa ignorancia. Pero esto no le preocupa en absoluto. Yéndonos al terreno del derecho, para explicar más detalladamente esta última tesis, propongo distinguir varios tipos del uso ‘jurídico’ de los conceptos según su proximidad a la praxis jurídica cotidiana. En primer lugar, existen conceptos que son absurdos si no son usados en contextos determinados: si alguien dice que fue desde Jerez a Sevilla en su automóvil, todos saben que esta expresión está llena de sentido; pero si ese conductor dice que ha volado desde el aeropuerto de Jerez al aeropuerto de México D. F. con su automóvil, nadie le aceptará esta afirmación. En un segundo momento, más propio de un saber normativo, emergen cuestiones en las que las nociones usadas son generales, pero solamente generales; si suponemos que el noventa por ciento de las mujeres que acuden a la Facultad en invierno usan pantalones, ésta es una verdad simplemente general que no crea ningún deber a nadie, ya que ninguna mujer de la Facultad tiene el deber de vestir como lo hace la mayoría. Finalmente, todos sabemos que no se *debe* circular por la ciudad a cien kilómetros por hora; esta prohibición se fundamenta en el hecho de que realmente es peligroso para todos circular a esa velocidad; por esto cualquier persona puede *recordar* ese deber al conductor que conduce así. A la vista de estas realidades inmediatamente relevantes ante el derecho, ¿qué puede o debe pensar sobre las cuestiones epistemológicas últimas el que está inmerso en su día a día? Luhmann mantiene que el jurista no puede entender su filosofía porque los juristas consideran a las instituciones desde el interior de cada una de ellas. Pero, ¿existe alguna otra forma posible de considerar los institutos jurídicos?

Pues el hombre está bien capacitado para saber (ocasionalmente) lo que le conviene, dada la *adaequatio* entre su entorno y él[19]: recuerdo que las experiencias sobre los sonidos son posibles porque el oído dispone de sonidos que oír, y si tenemos apetito es porque ya existe el alimento y, en este plano de ‘adecuaciones’, la experiencia

---

[19] . Recuerdo mi breve estudio *La ‘adaequatio hermeneutica’ en Tomás de Aquino*, ya citado. Notax

del comercio muestra que en las compraventas el comprador ha de pagar el precio y que el vendedor ha de entregar la cosa, y los datos relevantes en este contrato existirán en función de ambas entregas y de la proporción entre ellas. Otras exigencias jurídicas y morales no gozan de esta cercanía al hombre, porque esta adecuación entre el hombre y su entorno no nos impone la existencia de la seguridad social. Aunque éste tampoco es un dato tan remoto porque las exigencias de la solidaridad acompañan al ser humano del mismo modo que le acompaña el egoísmo individual: existe la seguridad social porque las personas enfermamos, sufrimos accidentes o llegamos a mayores; y porque la nación tiene ahora suficiente dinero para establecerla: hubiera sido absurdo pensar en la seguridad social en la España del siglo XIX.

Pero ¿no constituye por lo general un círculo hablar de la valoración de los datos proporcionados por la propia experiencia de acuerdo con las pautas que surgen desde esa misma experiencia? No estamos ante ningún círculo: desde muy antiguo sabemos lo que pensamos y captamos que estamos pensando, pero no sabemos qué es pensar; sabemos algo sobre el cómo del pensar y sobre los objetos que estamos pensando, pero no sobre el 'qué' del pensamiento. Nuestro discurrir racional se adapta en buena medida a las exigencias de cada cosa conocida, y la racionalidad le llega a la razón ante todo por esta adaptación.

(***¿Sigue siendo útil el estilo de Aristóteles?***) Seguiré en lo más básico explicaciones aristotélicas ampliadas por Tomás de Aquino. ¿Es lícito inspirarse en un autor del siglo XIII? Desde entonces a hoy se han interpuesto las explicaciones de Galileo, Descartes, Newton, Planck, Einstein o Gödel, y tesis que parecían evidentes al sentido común de antaño ahora no son admisibles. Pero Descartes o Einstein fueron seres humanos que innovaron llevados por su capacidad para intuir. Un científico es rompedor cuando él asume lo que podemos llamar las exigencias de la razón metódica, que sabemos que es previa a cualquier método. Sócrates 'descubrió' los conceptos universales, Demócrito estableció la naturaleza atómica de la física, Aristóteles proporcionó su noción de naturaleza, Leibniz habló de las mónadas, Planck de los quanta. Si Descartes estableció la validez del procedimiento axiomático-deductivo, su intuición no tuvo más valor que las otras, y la ley de la gravitación universal no es una verdad de más 'peso' que el concepto aristotélico de naturaleza. Nuestra cultura tuvo aspiraciones dogmáticas y excluyentes mientras estuvo bajo el dominio del paradigma

de la máquina universal; pero la profundización que han hecho la física y las matemáticas en el siglo XX dejan algunas cuestiones de base más cerca de Leibniz que no de Newton: hoy entiende mejor la física quién suponga mónadas en lugar de átomos.

(De todas formas, estas observaciones requieren ser matizadas. Si tomamos las explicaciones tomistas sobre la *civitas* de su tiempo como prototipo de la teoría política, es evidente que estas explicaciones no poseen hoy todo su valor: han cambiado las condiciones técnicas y por tanto las formas de las mediaciones sociales. Pero sigue intacto el valor de "La divina comedia" de Dante porque el hombre, como aporía permanente que da su razón de ser a las teorías éticas y jurídicas, sigue siguendo su propio camino).

Pero volvamos al espíritu que empuja a buscar nuevos métodos científicos: los estudiosos como Descartes, Hobbes o Hume, ¿realmente han seguido unas ciencias que dieran razón de sí mismas? En algunos momentos he distinguido entre el método y la razón metódica demostrativa que está en la base de todo método. Si esta razón hubiera llegado a coincidir plenamente con algún método, no tendría sentido esta distinción. Pero si hablamos de métodos científicos para referirnos a los Elementos de Euclides, a los Principios de Newton, al Discurso del Método de Descartes, a las aportaciones de Planck o Gödel, este hecho sólo se debe al espíritu grandioso del ser humano, que va buscando un camino en medio de contradicciones. Todos estos científicos partieron *desde intuiciones irreductibles* y nuestra época, más que interesarse por un método concreto (pues parece más pendiente por superar la sequía científica que viene padeciendo –especialmente la física teórica- desde mediados del siglo XX), está más atenta a la emergencia de nuevos planteamientos generales que no a la prosecución fiel de los resultados a los que puede llegar el hombre con la ayuda de un solo metódo.

Si este estudio tratara de la metodología de las ciencias naturales, habría que discutir con algunos de los autores mencionados para ver el modo de reconciliar a Newton, Planck, Einstein o Gödel: autores hasta ahora irreconciliables. Pero tratamos temas humanos e interesa en este momento esa intuición más profunda que ha llevado a los científicos a romper históricamente esquemas válidos pero incompletos. Heisenberg quiere recuperar a Aristóteles porque entiende que la noción de naturaleza que proponía Aristóteles es la que hace cierto honor a la complejidad de lo que estudia el físico. Yo recurro a Aristóteles y a Tomás de Aquino –aunque ellos no sean los únicos filósofos desde los que inspirarse- porque ambos proceden al filo de unas intuiciones sobre el

hombre que no parece que estén superadas. El investigador puede expresarse con palabras, o con números, o con signos aritméticos: tanto da. Al final del proceso únicamente permanece la intuición de quien supo expresar su demonio interior.

§ 40. El hombre y las cosas.

Partiré siempre desde la dignidad del hombre, al que afirmo como persona, porque la primera ‘cosa’ que consideraré es la cualidad personal del ser humano. Son tiempos incómodos para hablar de las distintas dimensiones de la dignidad de las personas porque no todos han superado el pensamiento cuantificador. En los fondos de las cabezas pugnan dos cauces intelectuales para explicar las relaciones entre los seres humanos. Uno es el individualista -no el personalista- que entiende que la dignidad del hombre surge ante todo desde la libertad o indeterminación de su voluntad, y ha de afirmar que toda relación humana justa ha de fundamentarse en última instancia en el reconocimiento del otro como igual; por esto, para los que piensan así todas las relaciones legítimas solamente pueden tener un fundamento voluntario, basado en la igualdad aritmética, y suele serles imprescindible recurrir a alguna clase de contractualismo.

El otro cauce para explicar las mediaciones humanas tiene un tinte más sociologista, porque sólo alude a la alteridad del ser humano en tanto que forma parte de una sociedad política determinada, o como perteneciendo a algún grupo, etc. De hecho, siempre que Rawls habla de lo que él llama las ‘morales comprehensivas’, se refiere exclusivamente a los grupos humanos que tienen ideologías determinadas de tipo religioso, político, etc., y no menciona siquiera *a las personas* que viven esas formas de pensar o sentir.

(Otra posibilidad, intermedia, es la de considerar al hombre en el *milieu* del lenguaje, como hacen Saussure, Habermas o Apel, y afirmar unas reglas de obligado cumplimiento que estarían implícitas en la estructura del lenguaje. Entonces hemos de recurrir a noúmenos que no pueden existir pero que sí nos obligan con sus exigencias).

Avancemos en el estudio de las realidades exigidas por cada cosa. Una intuición muy básica lleva a entender que la ponderación y valoración *de las consecuencias* de las concreciones que resultan desde los institutos jurídicos, anteceden racionalmente a las decisiones que ha de tomar el titular de los derechos de esos institutos, de forma que, en

muy buena medida, son aquellas valoraciones y ponderaciones últimas las que habrán de enjuiciar la justicia de las decisiones tomadas. La mentalidad más usual entiende que primero existen las decisiones de las personas libres, y que sólo en un segundo momento podremos enjuiciar la justicia de esas decisiones. Es la vieja doctrina scotista, que es la que ha dominado en las Universidades europeas durante el segundo milenio, que entiende que en primer lugar existen las facultades humanas, y en segundo lugar existen las cosas que son producidas o realizadas por esas facultades existentes.

Reitero una idea vieja, tomada de la antropología aristotélica: la realidad más elemental del hombre es su capacidad de amar lo que existe de forma valiosa para él: *Amor est principium omnis affectionis*. Hablo de amar lo que es valioso para él porque lo más bello del mundo para un mono es una mona.

(***El hombre y 'sus' bienes***) El hombre ama aquello que es bueno para él, y esa cosa buena es la que desencadena su amor: Tomás de Aquino indicaba "El bien es la causa del amor por ser el objeto del amor": *Bonum est causa amoris per modum objecti*. Él considera un ser deseante, pleno de deseo o amor, que tiende hacia las cosas que ya conoce como buenas. Toda la naturaleza es deseo, en este sentido, y todos los seres tienden hacia lo que es bueno para ellos, pues cada ser responde con sus movimientos a lo que es su propio motor o motivo. Esta naturaleza amante del hombre no es nada peculiar suyo: también los vegetales tienden hacia la humedad y hacia la luz. Preguntarse si primero existen las cosas buenas que mueven al amor, o si antes existe al amor que nos hace tender a lo que es bueno, supone interrogarse sobre un sinsentido. El hombre es ser deseante porque hay cosas buenas para él que él puede y debe desear. No solamente puede desearlas o apreciar las cosas hacia las que él tiende naturalmente, sino que debe amarlas; si no es así incurre en un pecado grave, desde el punto de vista de la moral aristotélica, que es el de la *insensibilitas*[20].

El hombre conoce en cuanto que conoce algo, o ama en cuanto que ama algo. El ser humano no sabe qué es conocer o qué es amar: sabe más bien la estructura del objeto que él conoce o que él ama, y desde ahí puede conocer algo sobre lo que es su

[20] . El Cardenal Cayetano (Tomás Vío), activo a comienzos del siglo XVI, y que ha sido considerado como el mejor comentador de la obra tomista (aunque quizá inexactamente), explicaba en su "Tratado de pecados" que "Insensibilitas. Rarissimum peccatum est: quo quis sine rationabili causa fugit delectationes sensibiles naturales. Et si invenitur hoc peccatum, mortale est … Aut ex natura lapidea constare homo talis". *Summula de peccatis*, 1544, s/l, pág. 145-Dorso.

conocimiento o su amor, porque amar y conocer son operaciones siempre activas y los seres humanos no conocemos lo que es el movimiento mismo. Si el hombre conoce es porque hay cosas que necesita conocer: el ser humano no puede desligarse de su entorno, ni genéticamente (si estudiamos el origen de sus facultades o potencias) ni en la consideración que él hace de sí actualmente. Esto implica, en última instancia, que la parte del león del protagonismo del conocimiento humano lo llevan los objetos que son conocidos o amados. Genéticamente no podemos considerar a un hombre por así decir previo a sus actuaciones, porque esto no es más que una fantasía creada por la imaginación. Pues todos los hombres aman su existencia; nuestra existencia consiste en un acto, y por ello nuestro ser consiste en vivir y en consecuencia en actuar. Esta precedencia de los objetos sobre las facultades que han sido originadas por las tendencias hacia esos objetos, provocó una polémica agria de Juan Duns Scoto contra Tomás de Aquino: Scoto mantenía que las facultades humanas eran anteriores a los objetos a los que tendían. Pero la mentalidad aristotélica entiende que la comida antecede al apetito.

El hombre se conoce cuando ve, cuando trabaja, cuando juega; y se conoce como ser que ve, que trabaja o que juega, conociendo lo que ve, lo que juega o lo que trabaja; no podemos conocer una misteriosa naturaleza del hombre que fuera previa a ver, trabajar o jugar. No perdamos de vista la tesis tomista que mantiene que no conocemos a las cosas en sí mismas, sino sólo por algunos de sus efectos: una tesis que se aplica ante todo al ser humano cuando él es el objeto de su propio conocimiento. Sentirse vivir es amable, del mismo modo que el que ve siente su visión, y el que oye sabe que está oyendo, y todos se dan cuenta de que están actuando; cuando sentimos que sentimos y entendemos que entendemos, sentimos y entendemos que estamos viviendo, y nos alegramos por ello: Tomás de Aquino explica que el hombre virtuoso se alegra cuando ve porque percibe que está viendo, y cuando piensa porque percibe que está pensando. Se adelantó en quinientos años a los franceses que crearon la expresión la *joie de vivre*. ¿Por qué dice que el virtuoso se alegra. No se alegran todos los hombres? No: la mayor parte de los seres humanos se encuentran preocupados por conseguir ‘cosas’ que son infinitamente menos importantes que su vida y que sus operaciones vitales.

(El error de los Nominales fue suponer un hombre ya constituido que tiene capacidad para hacer cosas, aunque no haga ninguna de ellas. Pero Tomás de Aquino

indaga en la estructura de lo humano con más radicalidad, en un escalón previo al de las potencias ya constituidas y no acepta a un hombre que fuera una potencia previa e inactiva a sus actuaciones. Es cada cosa la que hace que el hombre la ame con el amor que es el adecuado a cada una de ella, y esto desencadena una actuación humana que dará lugar a una potencia o facultad. Hay muchas formas de movimientos porque hay muchas formas de amar. Todas se canalizan finalmente por lo que llamamos la voluntad, pero este cauce común no anula las diferencias).

(***Voluntad y bienes***) Anda en juego la explicación de por qué algo es ‘bueno’ para el hombre, lo que los escolásticos llamaban la *ratio boni*. La tesis básica de este discurso es una de las más repetidas en la antropología aristotélica: “En todas las potencias que se mueven por sus objetos, los objetos son naturalmente anteriores a los actos de esas potencias, como el motor es naturalmente anterior al movimiento de lo que se mueve. Tal potencia es la voluntad, en la que lo que es apetecible mueve al apetito, y hay que decir que el objeto de la voluntad es anterior naturalmente al acto de la voluntad. Pues el acto de la voluntad no puede ser lo primero que se quiera”.

Efectivamente, carece de sentido mantener que la voluntad se quiera a sí misma, es decir, a su misma indeterminación; pues el amor, o es amor de algo, o no es amor de nada, pues nadie puede amar la permanente indeterminación de su voluntad. Los apetitos del hombre son movidos a actuar por objetos concretos y, en definitiva, la calidad del amor o de la voluntad de una persona dependerá de la calidad de aquello que ama y elige.

Procediendo más allá, Tomás explica insistentemente que las potencias ‘se especifican’ por sus objetos, lo que quiere decir que el hombre dispone de la vista porque hay colores que ver y que dispone del oído porque hay sonidos que oír. En consecuencia, el orden de las potencias del hombre sigue el orden de los objetos que esas potencias conocen. Al de Aquino no le agrada la palabra potencia, y suele usar la de virtud, que en Latín significa fuerza o capacidad para hacer algo. Pues potencia se refiere ante todo a lo que aún no es, aunque puede llegar a ser; pero lo que no es, no existe. La suya es una antropología del acto, pues según él el hombre es acción o acto: “El actuar no es otra cosa sino el ser en acto”. En el orden genético de los movimientos humanos, los objetos aparecen en primer lugar, en segundo lugar los actos humano tras

esos objetos, y en un tercer momento las potencias que crea el hombre para tender hacia esos bienes.

Si el hombre ha surgido desde su entorno y se regula desde él, porque posee las facultades que le ha hecho tener cada entorno, no vienen a la cabeza tanto códigos morales como *las necesidades humanas* que surgen desde la defectuosa adecuación de los seres humanos a su entorno, sea un entorno propiamente físico, como es el que muestra la necesidad de comer, sea el más amplio entorno humano, como es la necesidad de conocer. No estamos ante códigos, sino ante necesidades bien 'reales' que son previas a cualquier código. De ahí que Tomás explique que *la ética no usa el modo verbal imperativo* ("¡Haz esto!"), sino el modo de indicativo: "Esto está para que tú lo hagas". Explica en varias ocasiones que el imperativo es sólo un modo de intimidar, una *intimatio*.

§ 41. Vertientes ontológicas de los razonamientos jurídicos.

Han ido pasando por estas páginas alusiones a las necesidades, objetos o cosas que desencadenan las pasiones del hombre y que constituyen al hombre mismo. Estos términos (objetos, cosas) nos transportan al plano de la ontología. Pero surge inmediatamente una objeción elemental: a estas alturas del desarrollo científico, ¿podemos hablar de ontología? ¿Es que la mecánica cuántica no nos hacer ver que términos como percepción o existencia son demasiados simplistas? Pero en el derecho, y por tanto en cualquier teoría sobre la justicia, sí es lícito hablar de la ontología.

Quisiera recordar que yo no tengo ni idea de la posición de mi cuerpo en el espacio, porque no sé qué es el espacio; desconozco igualmente la índole de los movimientos últimos de las partículas atómicas. Pero el que el investigador desconozca estos temas no implica que no sepa con certeza que no debe suspender arbitrariamente a sus alumnos, que puede exigir prudencia a la conducción del taxista (*recordándole* ese deber), y que puede indicarle a un funcionario que comete cohecho que procede mal. Quien entienda que cada una de estas exigencias debe tener una base argumentativa *necesariamente* distinta, estará en condiciones de comenzar a tomar en serio la función de la ontología en el derecho. Tomás de Aquino explicaba realistamente que únicamente podemos demostrar, demostrando.

(***Cosas y personas***) Como la Modernidad nos acostumbró a pensar desde los derechos de las personas, resulta extraño hablar de las cosas en el derecho. Desde luego, están siempre operativos los derechos humanos, que son expresados de formas extremadamente abstractas, y muchos problemas pueden ser resueltos alegando alguno de ellos. Este tema necesita un tratamiento delicado para discutir este problema podemos tomar como referencia un libro reciente de Norbert Achterberg, "Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung"[21]. Este estudio presenta al derecho como un tipo especial de relaciones que existen entre los 'sujetos del derecho' (*Rechtssubjekte*). Esta expresión, en el contexto de la obra de Achterberg, tiene un significado distinto al que le dio antes Georg Jellinek, porque Achterberg sigue el sentido más usual de esta expresión y entiende que "Hay que determinar el concepto de relación jurídica como la relación jurídicamente configurada entre dos o más sujetos".

Él concibe al orden jurídico como una realidad ya constituida y entiende que las relaciones jurídicas son aquellas que existen entre dos o más individuos y que se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico nacional o internacional. Al filo de esta mentalidad aparecen necesariamente dos realidades: una preferentemente positivista que considera al derecho ante todo como el conjunto de la legislación, y otra que pinta más en jusnaturalista que mantiene que el elemento más atómico de la experiencia jurídica es el individuo con sus derechos. Esta doble tesis, expuesta con esta simplicidad, es sencillamente cierta, pero expresa sólo *una verdad penúltima*, porque el que reflexiona sobre el derecho ha de examinar ante todo las relaciones entre las normas jurídicas y los seres humanos en sus situaciones concretas, a los que se aplicarán esas normas. Si prescinde de este *index* complejo que la ha de guiar en la búsqueda de las normas, no tendrá claro ni siquiera las normas que hay que aplicar en cada problema. Es decir, habrá de tener en cuenta la condición personal de los hombres, y ha de saber al mismo tiempo que las regulaciones del derecho no se pueden explicar por lo general teniendo ante la vista solamente la condición personal de los seres humanos, sino que ha de estudiar *las naturalezas de las carencias y de las interferencias individuales* que normalmente –desde un punto de vista estadístico- no versan sobre incompatibilidades estrictamente personales, sino desde esas necesidades o carencias *reales* que han motivado la creación de cada norma. El factor personal está siempre presente porque es

---

[21] . Su título completo es *Die Rechtsordnungs als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Duncker und Humbolt, Berlin, 1981.

el título último que puede alegar un hombre para ser titular de derechos, pero normalmente este factor es insuficiente cuando nos planteamos: "¿Por qué hay que aplicar esta norma a este hombre?".

(***El derecho, funciones de las necesidades de las personas***) Efectivamente, también los derechos más básicos han de ser concretados, y estas concreciones provienen en buena medida desde las naturalezas o estructuras de las cosas que nos posibilitan a hacer y también nos obligan a hacer. Pues las cosas se 'interponen' entre los hombres, a modo de *bienes comunes*, y devienen una tercera instancia a la que pueden apelar todas las partes. A veces las propiedades de las cosas separan a las personas, pero normalmente las unen. La docencia es un bien común de este tipo, y los alumnos pueden exigirle al profesor que explique claramente porque ambas partes, alumnos y profesores, están sometidas a las reglas de la enseñanza. Estas cosas crean *funciones sociales*, y parece innecesario explicar que uso el término función en un sentido muy amplio. Los profesionales trabajan en los marcos de sus funciones, y todos viven, como ciudadanos, al menos en el interior de las funciones políticas más elementales.

El derecho es una *relación funcional* entre las personas, ya que coordina las conductas de unos hombres con otros. Explico esto: si una persona camina a la velocidad constante de cuatro kilómetros a la hora, podemos obtener la función de ese paseo mediante dos líneas, una que describe el itinerario del que pasea, y otra que va marcado las horas y los kilómetros. Cada una de ellas se corresponde con la otra, y podemos pensar sin esfuerzo que son líneas más o menos paralelas. La línea principal –la que describe al hombre que pasea- la llamamos *dominio*, y la línea que trazamos nosotros para explicar el paseo se llama *codominio*. Pero ha de haber una relación determinada entre una y otra línea, es decir, en esta relación ha de haber un elemento *functor* que relacione ambas líneas desde el punto de vista que es propio del derecho.

En la filosofía práctica, los datos que relacionan a ambos momentos de la función (al dominio y al codominio) no consisten en entidades estáticas, sino en movimientos: habría que decir que un movimiento se relaciona con otro movimiento, esto es, que una necesidad origina una norma o regla jurídica: la necesidad que puede ser resuelta socialmente es el dominio y 'su' regla jurídica es el codominio. Cuando cambia el factor primero, la función o codominio ha de cambiar, y de ahí los cambios

en el derecho. Entre aquellos factores y esta previsión, la humanidad –tanto la universalidad de la humanidad como las regulaciones más sometidas a la historia- establecen sin más una relación, y si esta relación es constante, podemos hablar de una función permanente.

No siempre nos percatamos expresamente de este tipo de funcionalidad, porque es bien sabido que los actos repetidos proporcionan un mecanismo por el que incluso los objetos desarrollados independientemente se pueden conectar aunque falte la intencionalidad expresa para esta establecer esta conexión: en tales casos la razón apenas funciona porque se deja llevar por la costumbre.

Si la norma jurídica no representa funcionalmente la satisfacción de alguna necesidad, no puede existir como tal norma porque falla la relación (el elemento functor entre ambos momentos de la vida humana) que ordena satisfacer necesidades humanas porque el ser humano es una persona. La formación del derecho presenta dos grandes vertientes, porque podemos exigir *como* personas, y podemos exigir *porque* somos personas. Un geómetra diría que de las primeras se ocupan las variables dependientes y de las segundas las variables independientes. El derecho, al margen de estas vertientes de las funciones, no tiene razón de existir.

(***Momento teórico y momento práctico***) He indicado que la pretensión de extender a los comportamientos prácticos humanos las restricciones que imponen las cuestiones últimas de las ciencias naturales, es irracional porque esta pretensión ha de decretar la irracionalidad de lo que verdaderamente es racional: todos sabemos que la exigencia de que el profesor explique con claridad es racional porque es necesaria, y que las regulaciones jurídicas de las personas que integran ese cuerpo han de tener contenidos necesariamente racionales. Es obvio que estamos ante dos tipos de ciencias, unas naturales y otras humanas. Si podemos llamar a una teórica y a la otra práctica, es cuestión que parece irrelevante, aunque esta separación puede resultar ocasionalmente inadecuada: porque los datos que es necesario tener en cuenta para normar adecuada o racionalmente las actuaciones de los profesores *son conocidos 'teóricamente'*, y de ahí que cualquiera pueda hablar sin complejos de las bases ontológicas del derecho.

Reitero también que al aludir a las cosas y a la ontología no recabo el conocimiento de un orden del ser del tipo del que expusieron Gabriel Vázquez de

Belmonte o Luis de Molina, y que reprodujeron tantos escolásticos tardíos que llenaron sus libros de esencias eternas; no espero alcanzar el conocimiento de un templo de cristal en el que todas sus partes encajen perfectamente. Me contento con comprobar que el taxista *debe* conducir prudentemente[22].

Los positivistas del siglo pasado hablaban con entera naturalidad de la ciencia jurídica como un trabajo para ordenar, clasificar, organizar, etc., las normas jurídicas. La "Teoria della scienza giuridica" de Bobbio es una obra especialmente significativa para este fin. El problema es: ¿Qué quiere decir ordenar *lógicamente*? La ordenación cronológica es sencilla, pero el orden por 'materias' exige conocer una gama bastante amplia de nociones *reales* que han de servir para situar a cada texto en su sitio. Estas nociones no son arbitrarias, ni estipuladas, ni reciben o cobran su validez siempre desde simples vivencias intersubjetivamente compartidas: es *necesario* que una compraventa pertenece al derecho de obligaciones y que una tutela pertenezca al derecho de familia, y estas ubicaciones son inalterables.

Los que se niegan a razonar sobre las dimensiones ontológicas de los razonamientos jurídicos siempre podrán alegar la manida frase que alude a los universales implícitos en el lenguaje, y entonces dirán que es un universal implícito en el lenguaje que un contrato de compraventa haya de formar parte del derecho de obligaciones y que una tutela haya de formar parte del derecho de familia. Pero ésta es una respuesta siempre penúltima, porque el universitario tiene el deber de preguntar por qué algunas instituciones constituyen tales universales, y por qué otras no. Desde el singular punto de vista del derecho todos hemos de preguntarnos por qué esta prohibido fumar en algunos sitios, y si declaramos que estamos ante un universal implícito en el lenguaje, o que esta prohibición responde solamente a un valor intersubjetivamente vigente, el ser humano da la espalda a su racionalidad.

La vertiente ontológica más básica de nuestras instituciones se manifiesta emotivamente en mayor grado de la mano de la realidad del deber, porque el derecho no

---

22 . Desde el punto de vista de un físico, De Andrés explica que "Por muy paradójico que resulte el camino <el que arranca de Descartes>, la *res cogitans* se nos acaba de morir, ya que sólo queda la *res extensa* … Si el *cogito*, si pensar, consiste en una pura capacidad racional o formal, pertenece también a la máquina extensa material. En la *res extensa* hay más logos y capacidad de *logos* de lo que nunca pensó el racionalismo", *Homo cybersapiens*.., cit., pág. 79.

Efectivamente, la física más actual ha mostrado que los distintos movimientos de las partículas más elementales han de encerrar algún tipo de ¿psicología?, porque no son de naturaleza mecánica. Esta inteligencia diversa y multiforme se expresa igualmente, aunque de modo más acabado, en las observaciones de las acciones en la sociedad humana.

crea deberes gratuitamente, por decirlo así. Sabemos que no debemos fumar en lugares cerrados porque el humo causar *realmente daños* a los otros. Cuando el derecho impone deberes –el tema del deber representa en este momento el inicio de la experiencia jurídica- es porque existe un *bien real* que realmente puede ser lesionado. Bergbohm mantenía que en el derecho no existen ni siquiera los principios morales básicos "Porque nadie siente igual"[23]. No es posible estar de acuerdo con esta afirmación. El derecho no se mueve en un vacío ontológico, porque si las leyes prohíben vender tabaco a los menores de edad y prohíbe también fumar en los lugares cerrados, es porque el tabaco 'realmente' (de *res,* cosa) causa daño en la salud, y es mejor que los menores no se inicien en el hábito de fumar. Fumar es una conducta bien real, que no la conocemos gracias a ningún principio kantiano a priori del Entendimiento, y también es real mantener que fumar causa daños a la salud, y este daño tampoco lo conocemos mediante la aplicación de pragmáticas formales del lenguaje que expresan cuasi-noúmenos. Si fumar es una conducta real, y si los seres humanos somos dañados por el tabaco, hay que concluir, según la lógica de las cosas, que son los hombres los que fuman y que, igualmente, son los hombres los que resultan dañados en su salud, y hay que concluir, en el plano normativo, que es mejor no fumar.

Cada institución ha de ser fuente ella misma de su justicia. Los motivos para obedecer al derecho no pueden ser reconducidos a una sola categoría, como sería el *'Deber-ser'* kelseniano. Cada instituto jurídico ha de llevar en sí las razones para exigir justificadamente obediencia, y estas razones son distintas, y si no es así, estamos ante una manifestación más de las prepotencias que están activas en la sociedad. Incluso se podría añadir que las expresiones unitarias de deber o Deber-ser comportan cierto abuso lingüístico, porque las causas desde las que cada instituto jurídico crea *su deber propio son distintas*. Si estas causas son diversas, ¿es correcto hablar usando siempre el término único de deber? Parece que estamos abusando del lenguaje. Ante nosotros aparecen necesidades *reales y plurales* que deben ser resueltas socialmente, y ésta es la médula del jusnaturalismo.

[23] . "Sie fragen uns, ob wir es denn nicht 'fühlten', das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Übelthäter bestraft werden müssten und dgl. Diese einerseits abstrakte falsch generalisierende Weise verschliesst jedoch den Weg zur Einsicht. Niemand, schlechthin niemand 'fühlt' dergleichen". Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pág. 467.

Los jusnaturalistas como Tomás de Aquino entendieron que este deber de reparar las carencias es el fundamento de las normas jurídicas, de modo que si no existe el deber, hay prepotencia, y si existe pero no es remediado, hay injusticia. Éste es el núcleo más profundo de la doctrina tomista sobre el derecho natural, no el del jusnaturalismo moderno basado (según los escolásticos tardíos) en esencias metafísicas inmutables o, (según los iusnaturalistas de la Edad moderna) en la defensa de los derechos individuales. Es difícil aceptar la doctrina metafísica de los escolásticos tardíos, tales como Gabriel Vázquez o Luis de Molina porque ellos tratan de traducir a proposiciones (lingüísticas) lo que son las cosas; pero es muy dudoso que la realidad posea una estructura proposicional.

(***La teleología en la génesis de las instituciones del derecho***) Aparece otro tema, relacionado con éste, que parece tener más enjundia. Pues al decir que el taxista tiene el deber de conducir con prudencia, proponemos un hecho que todos pueden y *deben entender* porque ahora está activa la advertencia de Heisenberg cuando indica que objetivamos un juicio en la medida en que este juicio no depende de sus condiciones de verificación, y el deber del conductor de conducir prudentemente está ya suficientemente verificado antes de subirnos al taxi. Los 'hechos' humanos portan en sí frecuentemente *una intencionalidad* que los hace inteligibles más allá de constituir un sonido en las cuerdas vocales. Husserl examinó esta forma de la intencionalidad del conocimiento, de forma magistral, en sus "Meditaciones cartesianas".

Ciertamente, los investigadores con formación empirista indicarán que no observamos la intencionalidad del mismo modo como observamos directamente el acto. Pero la experiencia cotidiana indica que estos señores suelen proponer un caso especialmente difícil, normalmente paradójico, y desde ahí extraen la regla general: extraer las reglas desde casos excepcionales es una forma de proceder deshonesta. Es más adecuado al transcurso de la cotidianidad en la que vive el derecho apreciar el valor del dicho anglosajón que indica que *Hard cases make bad law*. Es preciso tener en cuenta que ningún conocimiento es absolutamente directo, y Tomás de Aquino nos indicó que no podemos conocer lo que las cosas son en sí, sino que únicamente podemos conocerlas por algunos de sus efectos. El conocimiento de la materialidad de la cosa dada por la intuición no nos lleva a conocer enteramente esa cosa, y por esto los efectos que conocemos –la 'cosa'- están destinados a formar *una síntesis* con las

aportaciones propiamente humanas, que convierten a esa conducta a lo que algunos científicos han llamado *puntos de intersección de validez universal*.

(Porque –explica Heisenberg- toda situación fáctica adquiere sentido por su referencia a leyes de validez universal que son ‘puntos de intersección universal’. Efectivamente, la intención del que usa el taxi y la finalidad del taxista pueden ser muy distintas, pero forman una intersección que es válida por sí misma; pues toda comunidad interpretativa juzga gracias a esos puntos de intersección a los que se refería Heisenberg y que constituyen leyes válidas ante cualquiera. La razón de esta correspondencia es quizá que el hombre ha evolucionado de forma que sus pensamientos se corresponden a su experiencia, de modo que nuestros conceptos son válidos para nuestro entorno vital[24]. Cabe preguntarse si la intencionalidad es una realidad ‘metafísica’. Desde luego, sí. Bergson escribía que “La psicología tiene por objeto al cuerpo humano actuando hacia la práctica, y la metafísica es el mismo espíritu humano esforzándose por superar esas condiciones”).

El hombre es un ser constitutivamente carente porque vive la necesidad de hacer algo con su vida. *El punto de partida* de cualquier reflexión sobre la filosofía práctica *ha de ser el de las necesidades humanas*. Nadie puede hablar en general de relativismo en el derecho, porque una necesidad se presenta por sí misma, y presenta en sí lo que ha de ser remediado; ciertamente, una vez detectada la necesidad, puede haber discusiones sobre el modo de satisfacer cada problema. A veces los problemas presentan caras antitéticas, como sucede con el aborto, en el que se enfrentan la libertad de la mujer con la necesidad de proteger las vidas; pero ésta radicalidad en la divergencia no suele ser el caso normal de los conflictos jurídicos.

Hay que optar entre la mera coexistencia casual de objetos dispersos o la inclusión de estos objetos en un ámbito de aprehensión cognoscitiva que sintetice los elementos observados. Nosotros tenemos carencias y no nos limitamos a registrarlas como simples hechos que no razonan ante nuestra conciencia: al contrario, captamos esas carencias a través de *un principio de síntesis que viene proporcionado por el acto mismo en el que las aprehendemos*. Pues nuestro conocimiento es siempre sintético.

---

[24] . Así, Heisenberg, *Física y filosofía*, cit., pág. 139. Bergson abunda en el tema: nosotros nacemos artesanos del mismo modo que somos geómetras porque nacemos artesanos. Así, la inteligencia humana, en tanto que diseñada por las exigencias de la acción humana, es una inteligencia que procede a la vez por intención y por cálculo, por la coordinación de los medios hacia un fin y por la representación de los mecanismos hacia formas cada vez más geométricas. Vid. *L’évolution créatrice*, .., cit., pág. 532.

Cuando Pedro viene a casa y alguien nos dice que Pedro tiene sed, hacemos algo más que registrar un hecho: entran en acción las muy sintéticas normas sobre la hospitalidad.

(***Intencionalidades 'públicas'***) Hablo de la intencionalidad que existe en cada institución jurídica porque es esta intencionalidad, finalidad o teleología la que hace que una conducta abandone el ámbito de lo simplemente factual para que entre en un mundo en el que estas intencionalidades son ya puntos *normativos* de intersección de las relaciones sociales. Ciertamente, cada finalidad ha de ser recogida por el derecho; si mi finalidad es comprar un velero con una eslora mínima de seis metros, el derecho se desentiende de mi problema; pero si mi intención es que mi deudor me pague lo que me debe, este hecho deja de ser un hecho simplemente fáctico o 'privado' para ser universalmente exigible. Una mente algo simple diría que no hemos adelantado mucho con esta explicación, porque lo único que sucede es que el derecho no recoge los caprichos para comprar barcos y sí recoge la exigencia de que se paguen las deudas. Si pensamos en el derecho como una entidad con voluntad propia, esta objeción sería razonable. Pero el conjunto de las instituciones distintas que compone cada orden jurídico no depende del arbitrio de un legislador omnipotente, sino que cada una de esa instituciones ha venido reclamada por una necesidad humana.

Necesidades humanas, en las que interfieren las razones y las voluntades de los hombres hay muchas: las nociones de capitán de barco, médico o constructor de inmuebles son categorías jurídicas autónomas; *ellas mismas poseen ya naturaleza pública*, porque ellas constituyen *conceptos funcionales, de proyección necesariamente pública* (a veces hablamos expresamente de 'espectáculos públicos'), cuyas virtualidades jurídicas no dependen 'simplemente' de la Administración o de los legisladores. El poder público debe regular algunos aspectos del estatuto económico, laboral, fiscal, etc., de las personas que viven en sus determinaciones personales y sociales, pero en modo alguno crea sus dimensiones públicas, es decir, las capacidades que implican de actuar 'coram omnes'. Las nociones de padre, capitán o profesor *son más que enunciados factuales*.

(***La 'estática' del derecho o el derecho como conjunto de reglas ya existente***) Estos escenarios para la reflexión del derecho quedan enturbiados si el investigador

atiende al conjunto del orden jurídico. Este orden se presenta –de forma prácticamente visual- como una realidad que ya está constituida incluso topológicamente. Entonces aparece como un cuerpo geométrico –“El ordenamiento jurídico español”- que permanece inalterado como tal cuerpo único a pesar de las variaciones concretas; todo él será visto como un conjunto de funciones continuas, porque lo que más destaca en esta presentación del orden jurídico es la consistencia o textura única. El hecho de estar ya disponible se aprecia especialmente bien en las bibliotecas de las Facultades de derecho, porque cuando alguien señala a la biblioteca parece decir “Ahí está el derecho”. Esta observación se agudiza aún más porque el orden jurídico tiende a ser imaginado como un cosmos subsistente que sólo requiere ser conocido, y el estudioso se pierde en el examen de las disposiciones que a él le interesa conocer, instrumentalizando lo que conoce para su provecho; en tal caso predomina el momento pragmático sobre el momento propiamente práctico o teleológico, y el que busca en los libros de derecho se comporta como el trabajador que usa una herramienta.

(Ciertamente, nuestras bibliotecas contienen libros de derecho público y privado. Los razonamientos hechos en ellos parecen apartarse de sus raíces originarias –y a veces se apartan- porque combinan funciones con otras funciones de unos modos que no son arbitrarios pero que frecuentemente tampoco responden a esquemas lógicos preconcebidos: sería un error confundir la precisión con la exactitud. Alguien puede pensar que los juristas idealizan las instituciones porque esquematizan demasiado las relaciones intrincadas que se les ofrecen: este proceso de esquematización, con lo que implica de idealización, es necesario. Pero no olvidemos que una norma o regla jurídica es ante todo un problema concreto ya resuelto, ya esté resuelto porque ya se ha planteado en el pasado, ya porque ha sido previsto anticipadamente).

Siempre sucederá que las funciones ya establecidas e institucionalizadas, tal como se manifiestan en las normas jurídicas, tienden a permanecer establemente en series segundas, más permanentes y más autónomas que se explicitan y explican en las Universidades como principios generales del derecho, principios constitucionales, principios del derecho administrativo, etc., que cobran vida autónoma aunque cambie la primera serie teleológica que los hizo posibles en un primer momento. Pero si el orden jurídico es autonomizado de este modo, esta autonomización es el factor que determina el ocasional desfase histórico de la dogmática jurídica ahora válida pero dudosamente vigente. Porque el *continuum* que observamos en tales funciones no es sólo la exactitud

y la regularidad teórica o conceptual de la medida, sino ante todo la relativa exactitud de las mediciones de las relaciones entre las carencias humanas y las respuestas a ellas. Por esto podemos hablar del derecho natural, que no siempre se compone sin más de atributos inmutables de las personas, aunque encuentra siempre en ellas el título último o el fundamento de la síntesis material en que consisten las relaciones jurídicas[25]. Algunas funciones jurídicas sí pueden pretender alcanzar el rango de atributos inmutables, porque las respuestas teóricas a esas necesidades han de ser siempre las mismas: nunca será lícito condenar a un inocente.

[25] . La persona oscila peligrosamente entre sus dos extremos: las cristalizaciones históricas arbitradas o impuestas para arreglar problemas, que cuajaron en instituciones con vocación de permanencia, y la consideración del ser humano ante todo como individuo**.** Fromm indica que esta peculiar índole de las personas, a veces reconocidos como individuos y a veces considerados como partes de un género, determina que las necesidades de las personas o sujetos de derecho sean tanto el principio de la síntesis formal que componen las categorías jurídicas y políticas, como el contenido material de ellas.

No siempre es útil recurrir a la persona como tal, que por este camino queda a veces sin proteger frente a las estructuras de poder que se crean en su nombre. Reitero que la vida ordinaria del derecho nos muestra más bien estructuras de relaciones que son distintas de aquellas que podemos obtener desde el aparente estudio de la persona aislada.

VIII

REFLEJOS EN LA TEORÍA POLÍTICA

El hombre es un ser *práxico* (término que tomo de Arnold Gehlen) porque, a diferencia de los animales, él se siente en el deber de hacer algo con su vida. La teoría política de hoy no tiene que luchar por liberarnos del poder de las hordas de un Gengis Khan. Tampoco hoy, en las sociedades occidentales, hay que preocuparse por la marginación legal de las minorías: ya no hay trenes que lleven a Auschwitz. El problema se presente en términos más sutiles. Una sociedad crecientemente tecnificada y altamente capitalizada crea cuadros de decisión y de gestión que excluyen, casi por su propia definición, amplios sectores de la libertad de los ciudadanos en la gestión de esos intereses.

Los geómetras explican que ellos definen a una figura por la que entienden que es su propiedad más simple; en realidad, lo que hacen normalmente es proporcionar el procedimiento de construcción de las figuras, como cuando dicen que el círculo consiste en un radio que gira. Algo similar sucede con la Administración y sus administrados: una vez erigida la Administración, ella tiende a autoentenderse por su cualidad más simple, la de dirigir las vidas de las personas. Pone en marcha bajo las presiones de la socialización una dinámica poderosa: la Administración administra y los ciudadanos tienden a ser administrados cada vez en mayor medida: desaparece crecientemente la figura del ciudadano-administrador de lo que es suyo. Esto es así quizá necesariamente porque nadie puede pretender poner un Leviathan en el mundo y pretender luego que se autolimite en sus capacidades operativas. Las técnicas administrativas de creación de mediaciones sociales y de gestión de esas mediaciones sustituyen a las actividades práxicas, propiamente personales. Pues si la Administración se opone a las *Home Schools* no es velando por el bien social, sino por no perder competencias. No es de extrañar la confusión del rasgo más simple con el procedimiento de construcción, en este caso con la construcción misma; esto parece constituir un isomorfismo universal, tan presente en la geometría como en las ciencias sociales.

Pero el carácter práxico del hombre implica una actitud que se puede designar con el *me intereso* (una realidad alejada del ‘me interesa’) que no está prevista en esta

máquina de control. Permanecen pequeños reductos personales en los que una persona puede realizarse como tal: siempre es posible que un empleado sumergido en el interior de la gran empresa viva el orgullo de su trabajo y alcance con él una cierta dignidad personal. Pero las interacciones de las fuerzas complejas que mueven a la máquina administrativa hacen difícil que un individuo, solo o agrupado, tome por sí directamente funciones que de hecho posean relevancia pública. Un sector importante de las manifestaciones de la vitalidad del hombre queda ahogado ante lo que *es tan fuerte como impersonal*. Los esfuerzos de las personas chocan contra el muro esterilizante de la impersonalidad que cercena las posibilidades de las iniciativas propias: es la propia estructura administrativa (entendida otra vez por su nota más simple, que es la ley de su máximo desarrollo) la que impide que se humanice la impersonalidad de las estructuras políticas ya erigidas.

Actualmente, los teóricos del Estado, es decir, de la expansión de la Administración –sea atribuyéndole nuevas prerrogativas sea defendiendo las que ya tiene- para defenderse ante las exigencias de las libertades más positivas, recurren a *una trampa retórica* que se basa en un enfrentamiento borroso y simplemente teórico (entiéndase, retórico) entre los *Estados perfeccionistas y los Estados permisivistas*. Un Estado perfeccionista habría de imponer una especie de inquisición para obligar a los ciudadanos a la virtud, mientras que el Estado permisivo se limitaría a proteger la autonomía de cada sujeto para que cada cual pueda desarrollar autónomamente el plan de vida que él desee para sí. Planteado el problema en estos términos, cualquier persona de sano juicio ha de elegir el estilo de vida que hace posible el Estado permisivo. Pero este planteamiento es falaz porque no parte desde las personas y desde sus necesidades, sino desde los moldes abstractos sobre el poder del Estado, y esto implica *invertir el orden genético real de los procesos argumentativos concretos*: porque en la filosofía práctica, o el argumento se remite al origen del problema y a sus soluciones más adecuadas, o no es argumento en absoluto.

§ 42. El poder político como ‘configuración emergente’.

Las teorías políticas llevan varios siglos tratando de explicar la génesis de la sociedad política en la razón, y de ahí su insistencia en los individuos aislados en los estados de naturaleza, los contratos o los diálogos ideales. Pero atendamos un momento al modo aristotélico de abordar este problema: da que pensar que Aristóteles no se

plantee en ningún momento la hipótesis de una convivencia solitaria para deducir desde ella derechos de los individuos y mantener la creación de la sociedad de acuerdo con estos derechos presociales.

La investigación antropológica del siglo XX ha aclarado bastante un problema básico de las teorías político-jurídicas: me refiero a las aportaciones de la filosofía de la *Gestalt* (configuración), que recibe también el nombre de configuraciones emergentes. Es una vieja comprobación que el todo es más que la suma de las partes, ya que un cuerpo organizado posee propiedades que no las posee ninguna de sus partes en particular; estas propiedades o cualidades del todo son llamadas 'configuraciones', *Gestalten*. Esta filosofía ha crecido hasta transformarse en una amplia rama de la filosofía con aplicaciones especialmente prácticas en la Psicología y en la Psiquiatría. Más recientemente, algunos investigadores han insistido en una comprobación paralela, a saber, que las partes tienen cualidades que no existen en el todo único que ellas forman. Ambas comprobaciones son interesantes en la teoría política.

La sociedad política es una configuración de este tipo. Ella no surge desde las voluntades de los individuos aislados, ni los individuos se dejan reducir al poder. El poder político existe siempre que existen seres humanos, y es inútil plantearse la precedencia de este poder sobre las personas o de las personas sobre el poder. Una persona (un ciudadano) es ella misma, con cualidades que desbordan a la sociedad, y la sociedad, a su vez, posee poderes e intereses que no se confunden sin más con los de los individuos. Aunque esta realidad sólo haya sido explicada en términos científicos en el siglo XX, muchos pensadores de todos los tiempos la han intuido: de ahí la teoría del Bien común, que es un bien que ni es distinto al de las personas que componen ni la sociedad ni se deja reducir a los intereses y derechos individuales.

Los contractualistas han fallado en la base de sus explicaciones por no tener en cuenta la naturaleza 'gestáltica' de la sociedad. Por ejemplo, vemos cómo Hobbes se contradice lastimosamente cuando explica que el poder ha sido creado por los hombres pero que, una vez erigido este poder, él tiene una fuerza más fuerte de la que tiene cada individuo sobre sí mismo. Esto es absurdo desde sus premisas mecánicas porque en la mecánica todo lo que se mueve no puede tener una fuerza mayor que aquello que lo impulsa. Sucede, simplemente, que el poder político posee sobre cada persona un tipo de fuerza distinto del que cada individuo posee sobre sí mismo. Éste es, en definitiva, el motivo por el que nadie puede arrogarse la titularidad de este poder: es una emergencia

humana y, como tal, pertenece a los hombres, no a ninguna persona, partido o institución determinada.

La convivencia es posible por la acción de algunas configuraciones emergentes, y la más amplia de ellas es el poder político, pero el mayor ámbito no determina la superioridad en el mando o en la dirección. No sucede que el poder político exista a pesar de las personas o que las personas posean derechos a pesar del poder. El poder y los ciudadanos tienen cada uno su momento, y este momento no puede ser explicado por sectores, como si el poder pudiera ser repartido físicamente. El poder obra en nombre propio, *y las personas que lo portan* –pues el poder no es una realidad distinta de las personas- *obran igualmente en nombre propio*.

La explicación de la sociedad política, y por tanto del derecho, no puede partir desde el poder ni desde las personas: ambos son puntos de vista más bien *sectoriales*, y ya he indicado que el pensamiento que procede por sectores no sirve para explicar esta realidad: *es un problema que ha de ser explicado según dimensiones, vertientes o facetas, no por partes o porciones*. Toda persona porta en sí un momento de lo público en toda su universalidad, y no por esto el poder deja de ser una realidad universal que tiene derecho a imponerse creando un *deber*, más allá de imponer un simple forzamiento. Pues si el poder puede crear deberes a los ciudadanos, cada ciudadano conlleva igualmente la capacidad de crear deberes a toda la sociedad.

Da que pensar que desde Bodin (1560) a hoy los estudios de politología hayan comenzado por el estudio del poder, entendiendo que el poder es una realidad autónoma en sí misma. Ha sido comprensible que los disconformes con estos estudios hayan partido desde los poderes de los individuos aislados y hayan propuesto teorías contractualistas. Se trata de dos visiones equivocadas de la vida social del hombre. Hay que reiterar que *el poder tiene sus momentos y las personas tienen los suyos*, sin que normalmente podamos usar la imagen de compartimentos estancos que contuviera cada cual su propia realidad.

De la mano de teorías como las de Bodin o las contractualistas, a través de esta afirmada unidad de los ciudadanos y de su voluntad única, convirtieron al derecho en una función del poder, esto es, en un requisito tan formal como único al que el ejercicio del mando había de adecuarse para ser correcto; quieren situar unas solas anteojeras al ejercicio de toda voluntad política. Pierden de vista que *el derecho no es ante todo una función del poder*, sino *un conjunto de reglas y normas que son funciones de las*

necesidades múltiples y diversas de las personas, a las que tratan de mejorar. Porque la figura de la unidad es únicamente una dimensión humana que tiene, como categoría interpretativa de la vida jurídica real, proporcionalmente menos relevancia ante el derecho y la ética, ya que estas ciencias han de partir desde el hombre viviendo en la densa trama de las relaciones sociales, y en estas relaciones a veces somos iguales en derechos, y a veces no. La individualidad de las personas y del poder es un dato fundamental, pero ya está supuesto al regular la vida humana. Por el contrario, las consideraciones unitarias han llevado a las actitudes holistas que estudian a la sociedad igual como un todo uniforme o monomorfo, sin reparar que la sociedad humana es ya, antes de que ellos comiencen sus estudios, un conjunto heterogéneo de relaciones diversas.

Esta expresión, *Rechtssubjekte*, la uso en el mismo sentido que Georg Jellinek. Si afirmamos que el ser humano es un verdadero Sujeto del Derecho**,** hay que explicar qué quiere decir esta expresión. Pues Sujeto del Derecho no se refiere solamente a la posibilidad de ser titular de una relación jurídica privada ostentando cada parte un derecho subjetivo, como mantenía Savigny, de modo que este jurista no supo dar explicación del derecho público o *Staatsrecht*. O de ser un punto pasivo de atribución de un sector de las normas jurídicas, como pretendía Kelsen. Tampoco se reduce a la posibilidad de reclamar unos derechos legales frente al poder una vez que están establecidos por las leyes, como quiso Laband. Estas explicaciones son demasiado sectoriales e incompletas en su conjunto, y es preciso reiterar que todo poder o 'jurisdictio' –todas las 'jurisdictiones' son públicas- *es solamente una función desarrollada y prevista institucionalmente para la satisfacción de algunas necesidades de las personas*, por lo que tiene una naturaleza teleológica, ya que la cualidad pública de una acción proviene ante todo desde su finalidad, sin perjuicio de otros criterios que ocasionalmente concurran junto con éste.

Desde el punto de vista de las cualidades emergentes o *Gestalten*, es necesario formalizar la derrota de las ilusiones políticas permisivistas usuales: no lo hago a través de un cauce político ni personal, como si yo quisiera someter a los demás bajo mi arbitrio para obligarlos a lo que entiendo como perfección, sino que exijo a los demás como profesional, propietario, padre, ciudadano interesado en la mejor gestión de su municipio, entre otra media docena de títulos básicos que podría mencionar. No deseo una sociedad atomizada en la que cada cual esté armado con cada vez más derechos.

Como profesional de la investigación y de la enseñanza, no enfrento mis derechos a los derechos a mis alumnos, como si entre nosotros lo que uno gane el otro tenga que perderlo, sino que intento interferir positivamente en sus vidas, y deseo que el médico haga lo mismo en la mía cuando sea el caso.

En la inteligencia vulgar del derecho está muy presente la figura de los juegos de ‘suma cero’, que son aquellos juegos en los que lo que uno gana es exactamente lo que pierden los otros. Desde luego, siempre se reproducirá este hecho cuando se trate de repartir bienes escasos. Pero éste no es el caso arquetípico de la vida jurídica: el profesor trata de transmitir unos conocimientos a sus alumnos, no ganar a costa de lo que ellos pierden.

Aludía a la teleología y a la naturaleza pública de las acciones personales porque, en principio, la mayor parte de los derechos no tienen naturaleza negativa, como si consistieran en abstenerse de entrometerse en las vidas ajenas. La ‘abstención’ (*Enthaltung*) que proclamaron con tanto entusiasmo los kantianos como la figura primera y fundamental del derecho es a veces positiva: pero la mera ausencia de regulación –que es con frecuencia muy deseable y constituye el núcleo de muchas de las libertades- no da razón por sí sola de la cooperación pública, que es necesariamente de naturaleza más positiva. La esfera de libertad de la persona constituye uno de los títulos últimos de los derechos, pero tiene el inconveniente de que frecuentemente designa un momento más bien estático de la vida humana. Los derechos humanos individuales designan preferentemente momentos defensivos de las personas, por lo que instauran lo que se llama generalizadamente una libertad negativa. Pero indico que éste no es el modelo para entender la vida humana, que se compone (o debiera componerse) más de libertades positivas que no de libertades negativas.

Desde luego, las personas más vulgares, que sólo esperan pasar la vida *sine spe nec metu*, se conforman con la defensa de su pequeña esfera de libertad. Pero caen bajo el reproche de Tomás de Aquino cuando se plantea si un hombre de pasiones débiles puede agradar a Dios. Contesta algo oblicuamente indicando que un hombre así no puede agradar a los dioses.

Entendamos el problema en su envergadura. Nuestra cultura más reciente ha proclamado diversos derechos humanos, y partes de las muchas declaraciones de derechos han sido recogidas por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Los derechos poseen ante todo una naturaleza negativa precisamente

porque han surgido históricamente para reivindicar, frente al poder, la desaparición de abusos. Esta naturaleza 'de oposición' sigue operativa en ellos, porque los derechos son vistos mayoritariamente como cotos privados de los particulares y, lo que es realmente preocupante, esto es así porque el poder político sigue siendo considerado como una instancia ajena a los 'particulares' a causa de la estricta división del trabajo entre la Administración y sus administrados. Esas casi inmensas cadenas de gestión y de mando, que impersonalmente se apoyan en 'la legislación vigente', pero que están integradas por personas muy concretas,¿no pueden entender que han sucumbido al afán de ordenar la vida de los demás en nombre de una multitud tan grande de principios que ya no saben qué principio concreto alegar en un caso? Ser Sujeto de Derecho no puede limitarse a ser titular de algunos derechos inviolables por el Gobierno: porque *ni el poder político es tan público ni el poder de los particulares es tan particular*.

Se trata de ser 'compañeros en derecho', *Rechtsgenossen*, porque ambas parten *comparten* un mismo ordenamiento jurídico: éste no es nuestro caso, cuando los ciudadanos, lejos de tener un estado activo de ciudadanía, se ven sometidos a las disposiciones que establecen los miembros del Gobierno y de la Administración. La cuestión es si este estado de cosas puede ser superado.

§ 43. Hacia una doctrina de las personas en el derecho.

Las teorías sobre la justicia del origen y ejercicio del poder político han cristalizado hoy en la afirmación del régimen parlamentario y en la defensa de algunos derechos humanos. Afirman la existencia de un noúmeno objetivo (formado por las reglas del habla ideal) que ha de estar guiado por las exigencias de la libertad individual. En la práctica, estas exigencias se desgranan en la muy prosaica praxis de los partidos políticos. Pero sigamos indagando: la vida política encauzada por los partidos, ¿ha de ser necesariamente la espina dorsal de la vida humana social? Si partimos del hecho de que ahora disponemos de un marco de precomprensión de la vida política bastante más amplio que el de otros tiempos, el problema sería ante todo el de indagar *desde qué dimensión de lo humano han de regirse las mediaciones sociales* que entendemos que son políticas y jurídicas. Si prescindimos de las doctrinas holistas y dialógicas, lo que nos queda son las personas o, por expresarlo con más precisión, los que nos quedamos somos las personas. Obviamente no me refiero solamente a la persona entendida escuetamente como un ser individual de naturaleza racional, o a la persona según el

antiguo modo romanista, que la contemplaba como cada una de las dimensiones básicas y permanentes de la vida social. Tampoco es cuestión de insistir más en la soledad personal -consecuencia de la necesidad moral de la autodeterminación de cada ser humano- ni, por ello, en las esferas de libertad individuales. Ahora es el momento de aludir a esa dimensión de la persona, que es *su faceta necesariamente pública, porque lo público no puede ser disociado de las personas*.

Esta empresa puede ser peligrosa porque la exaltación de la persona rodea peligrosamente tanto los límites de la universalidad infinita como los de su propia negación. Durante el siglo XX la condición de persona le ha sido negada a amplias series de seres humanos por regímenes de ideologías extremas. Y también ahora, ningún escritor a la moda –que rechaza por definición a los extremismos políticos- es capaz de hablar de personas, hecho que cualquiera puede observar de forma especialmente chocante en algunos tratados de derechos humanos, en los que la persona ha quedado diluida en universales que han de existir de hecho en el lenguaje. Rawls añade que su noción de persona es tan sólo un recurso representativo sin que implique ninguna nota metafísica de la persona. Parece que traemos entre mano una noción que únicamente admite o su afirmación incondicionada, o pasar la página. Desde luego, en este tema viajamos con mucho equipaje.

Vimos que los filósofos empiristas hubieron de negar esa realidad máximamente metafísica que es la personalidad del ser humano. Se ha producido otra vez la división típica entre los universitarios: los de izquierdas han sido empiristas y no quieren saber nada con el término persona, y los de derechas han afirmado que todo ser humano es una persona. La Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948 expuso los derechos individuales al margen de cualquier base antropológica: estos derechos fueron presentados como un ‘hecho’ normativo. Pues los derechos humanos se han abierto paso históricamente como criaturas del pensamiento revolucionario y empirista, y aún hoy siguen afectados por esta peculiaridad de origen que le impide remontarse a una fuente supraempírica.

El peligro verdaderamente real hoy es situar a la ciencia o a la teoría pretendidamente universal –pensemos en explicaciones como las de Habermas o Rawls, que tienen pretensiones de universalidad- ‘antes’ que los seres humanos tal como nos manifestamos, de forma que los hombres hayamos de *deducirnos* –a nosotros y a nuestros derechos- desde alguna teoría con pretensiones universalistas. Podemos caer en

este peligro partiendo desde la uniformidad humana propia de toda teoría que arranque sus consideraciones desde alguna variante del estado de naturaleza, o desde alguna otra teoría que parta desde la uniformidad del poder que resulta desde el estudio -¿directo?- del poder político.

Cuesta aceptar a las personas plurales y diversas porque parece que desde el Iluminismo, *lo personal, esto es, la cotidianidad de lo humano, es el enemigo de la convivencia pública*. Para dejar de lado estas privacidades distorsionadoras de la convivencia, las explicaciones de Habermas o Rawls suponen un individuo esencialmente indeterminado, sea en la generalidad del lenguaje, sea en la posición original. En cualquier caso, *el más grave pecado estaría en poseer ideas propias* o 'comprehensivas', como las llama Rawls. Estos procedimientos tienen un sonido falso, porque siempre que los seres humanos son pensados por otros seres humanos, la consideración es ya política, esto es, hecha desde consideraciones y experiencias específicamente sociales y políticas. Nos dice Cruz: "Parafraseando una popular expresión norteamericana, podemos decir que es más fácil sacar al individuo de la polis que sacar la polis del individuo".

Sucede que los ciudadanos no respondemos al estereotipo del *citoyen* neutro moral, política o jurídicamente, que sólo vivencia como los principios normativos de sus vidas los de la Constitución nacional. En los planos culturales, con sus correspondientes cargas morales, filosóficas, económicas, políticas, religiosas y jurídicas, nadie es neutro. Las Constituciones modernas garantizan el disfrute de las propiedades, y las propiedades privadas son algo positivo para sus dueños y para la sociedad. Pero si las ideas morales, religiosas, políticas y jurídicas no son protegidas de un modo igualmente positivo se produce un vacío jurídico. Bertalanffy indica que cuando el tema político se planea de este modo, lo difícil es dar cuenta de los individuos. Pues el poder se asienta sobre sociedades concretas, históricas y localmente determinadas, compuestas por personas que tienen estos mismos caracteres, y si no reconoce su propia realidad, ya determinada, está condenado a reinventarla, normalmente recreándola de formas artificiosas por interesadas.

Así, cualquiera puede ver que el dogma del laicismo del Estado condena a los ciudadanos que profesan una religión a ser ciudadanos al margen de su fe, y esto implica, si proseguimos la comparación con las propiedades privadas, a afirmar unos ciudadanos cuyas propiedades no tuvieran más relevancia pública que la exigencia de

ser protegidas irracionalmente por el poder, como si el derecho en este punto respondiera a una cierta concesión a la irracionalidad. Tiene razón Ollero cuando explica que todo Estado es laico, ya que la laicidad del Estado es sencillamente una consecuencia del carácter profano y no sacro de la realidad política: todos suscribimos esta tesis del Estado laico o aconfesional, que implica que el poder político no propugna especialmente una iglesia o una confesión religiosa. Pero la laicidad del poder político no puede llevar tampoco a considerar a unos ciudadanos ideales que no existen en la realidad política: porque una cosa es que el poder deba respetar, o tolerar cuando sea el caso, y otra es que caiga en la ficción de desentenderse de lo que quieren los ciudadanos. El principio básico de la teoría del Estado, que insiste en la Unidad, puede llevar a desconocer otra regla fundamental: ¿Nos tomamos en serio el respeto mutuo?

La vivencia que repunta en este momento es el rechazo de la mentalidad que entiende que el marco público es el de la racionalidad transparente, mientras que las ‘morales comprehensivas’ constituyen el ámbito de los prejuicios. Realmente, ¿tiene sentido establecer un marco racional y transparente para defender las irracionalidades que ya existen o que habrán de venir?

(Individuo, infinitud, universalidad) Sin embargo, el hombre moderno y contemporáneo quiere simplicidad, quiere oír hablar de derechos, no de competencias que generan al mismo tiempo deberes y derechos. Este modo de querer oír las explicaciones jurídicas se puso de moda en el siglo XIX. Esta forma de esperar del derecho tiene su justificación afectiva, porque *toda concreción limita y el individuo limitado desespera*, porque siempre tiene a mano relacionar alguno de sus instantes reales con su posibilidad contingente, y en cada momento que se desespera se contrae en la desesperación y se renueva en ella. Es también frecuente que la persona que procede así viva su pasado como un instante real, de modo que el pasado adquiere carácter de presente, y no es capaz de salir del abatimiento que le trae ahora la pérdida ya pretérita de posibilidades que no fueron actualizadas en su día o que, vividas antaño, ahora ya no existen. Pero la infinitud es una exigencia humana omnipresente, del mismo modo que lo es la vivencia de la contingencia, y tan poco real es el absoluto imaginado que se sigue desde la vivencia de la infinitud posible, como la desesperación que acompaña al sentimiento de lo finito, porque *ambos momentos desconocen la universalidad que lleva hacia el hombre*. Las resistencias para aceptar las

determinaciones propias de todo ser finito no derivan tanto desde posibles dificultades intelectuales, como desde la afectividad personal que se rebela ante sus vinculaciones a lo que es así como podría haber sido de otro modo. En la sociedad revolucionaria que resultó de la mentalidad de 1789, todo occidental se hace la pregunta de por qué a mí no, o por qué a mí sí.

La concreción, si no es asumida como factor necesariamente posibilitante de la propia personalidad, no llega normalmente a superar su vida como mera virtualidad, y de hecho no puede ser superada cuando es vista como simple potencialidad que no dispone de títulos suficientes para exigir su realización ante el propio sujeto. Estas actitudes que oscilan contradictoriamente *parecen hundir sus raíces afectivas en el carácter negativo que es otorgado a las concreciones*, tal como hizo Freud, por ejemplo. La comunidad científica del siglo XX que se ocupó de los sentimientos de los hombres expuso, bajo la veste de cientificidad, los inevitables desengaños de la vida, y presentó al ser humano un ser como destinado a frustrarse y frustrar a los otros, por lo que la aspiración a la felicidad era vista como quimera infantil. El siglo XX ha vivenciado a un ser humano que ha venido al mundo sin su consentimiento y que morirá contra su voluntad.

Ha sido lógica la aparición de este tipo de explicaciones antropológicas. El Iluminismo prometió la redención humana a través de la revolución, y los siglos XIX y XX les han seguido mansamente en este punto. La esperanza escatológica cristiana es biológica hasta cierto punto, porque promete una *beatitudo* que ha de llegar desde lo más alto y que está informada en todo momento desde el final del proceso vital; los cristianos no han predicado que ahora estamos mal pero que podemos consolarnos pensando que en el futuro estaremos mejor: en el evangelio cristiano el futuro es anticipado al momento presente, que queda así por encima del plano meramente vegetal, animal o racional. Además, es una ingenuidad pensar en la 'felicidad', que es una palabra normalmente sin referentes precisos. Tomás de Aquino solía reservar este término para Dios y para los hombres que gozan de la *visio Dei*, y cuando habla de la finalidad de la ética utiliza el término alegría (*gaudium*) o bien habla de 'repeler las tristezas', *ad repellendas tristitias*. La promesa de la felicidad sin más sólo aparece en nuestra cultura en los movimientos revolucionarios: hubiera sido un insulto para un marxista de los años '40 o '50 del siglo pasado haberle indicado que la revolución proletaria le traería simplemente más paz social o laboral, o sólo una igualdad que no

garantizaría más que lo que la igualdad puede conllevar. *Ante el desengaño por haberlo prometido todo, viene el desencanto propio del materialismo sin esperanza*.

Sören Kierkegaard ha sido el filósofo que ha tratado el problema de la incompatibilidad entre lo infinito y lo limitado más temáticamente, especialmente en la obra suya que se conoce usualmente como “Tratado de la desesperación”. Este danés presentaba a sus ensayos con títulos provocadores, tales como el ya mencionado o como “El concepto de la angustia”. A pesar de estos títulos, estas obras son profundamente positivas, y así como la mencionada en segundo lugar trata de explicar la noción del pecado como una cualidad nueva que irrumpe en el mundo, su estudio sobre la desesperación fue destinado a mostrar optimistamente la vivencia humana personal provocada por *la escisión vivida por cada persona entre su índole simultáneamente inmensa y limitada*. Kierkegaard explica que el fundamento de esta realidad –que lleva a desesperar- se encuentra en la determinación esencial de la existencia humana, que reside en que el hombre es un individuo y, como tal, *él es tanto él mismo como la especie entera participada en cada individuo*. Este desdoblamiento es un hecho tan objetivo como el de la existencia del deber. Hegel mantuvo que el desgarrón que produce en el hombre esta doble conciencia es un hecho tan fuerte que ningún ‘ser natural’ podría soportar. Esto es, el ser humano constituye una unidad simultánea de su subjetividad con la universalidad propia suya que manifiesta en sus vertientes religiosas, morales, profesionales, sociales o jurídicas. El olvido de este carácter sintético nos lleva a la advertencia de Sergio Cotta ya indicada, a saber, que la negación de las realidades finitas en las que vive el hombre lleva a la persona tanto a su exaltación como a su aniquilamiento.

Si hablamos solamente de subjetividad, hay que referirse a la simple infinitud y, por tanto, a la oposición entre lo subjetivo y a lo infinito, que lleva a que el individuo desespere. El que quiera pensar sólo en derechos suyos para hacerse la ilusión de su infinitud se moverá, efectivamente, en el plano de las ilusiones. Todo el que reflexiona establece un círculo que va desde lo que es a lo que podrá ser y podría haber sido. Las ciencias humanas no pueden responder a la prescripción de la reversibilidad que estableció Hobbes, porque el individuo que vuelve al punto de partida es distinto del individuo que comenzó su andadura vital. Ningún psicólogo, psiquiatra o sociólogo observa tal reversibilidad. No hay reversión sino, si es el caso, una retroalimentación tardía que trata de neutralizar o aminorar los efectos negativos de las situaciones que

han llevado a resultados indeseados: Viktor Frankl hace notar que el *boomerang* sólo vuelve al punto de partida si ha fallado su objetivo. La representación intelectual de las diversas posibilidades de actuar, puede hacer que un sujeto esté regresando a sí mismo –a un imaginario yo- porque vivencia continuamente el fallo de sus objetivos, y entonces entabla él consigo mismo un movimiento circular que poco tiene que ver –más bien le es opuesta- con la figura del círculo que mencionaba Hegel como la más adecuada para representar la vida humana.

El que vivencia a sus concreciones como cosas externas a él mismo pasea por las nubes de la irrealidad. El carácter sintético del hombre, que reúne en sí lo finito y lo infinito, no se forma siempre -y ni siquiera frecuentemente- sobre unos añadidos externos al ser humano, de modo que el hombre haya de vivenciarlos como limitaciones. La estructura algo tramposa de la gramática latina nos lleva a confusiones, porque decimos “Pedro tiene un ordenador”, “Pedro tiene un automóvil” o “Pedro tiene una casa”, y en todos los casos usamos la misma estructura gramatical. Esta igualdad en estos casos engaña, porque es correcto decir que alguien tiene un ordenador o un automóvil, pero no que él tenga una casa, porque la casa es más que las cuatro paredes. También es fácil pensar en términos de sujeto, verbo y predicado, y decir que “Pedro es notario”; desde luego, nadie nace siendo notario o ferroviario; pero las concreciones (ser ferroviario o notario) constituyen en buena medida el factor constitutivo del ser-ahí del hombre en la vida -ante todo en la vida de esa misma persona- y en la sociedad, ya que el hombre, tanto en el plano moral como en el jurídico, obedece a realidades que le conforman a él mismo como ser racional, de modo que *nadie puede reconocerse como siendo ‘él’ al margen de sus determinaciones sociales, que finalmente tanto son tanto sociales como personales*. Tomás de Aquino insistió en este tema, y dejó escrito que no es la razón la que mide a las cosas, sino que son las cosas las que conforman a la razón: “Ratio non est mensura rerum sed potius e converso”. La persona, con lo que conlleva de infinitud, es tan sólo el *homo larvatus*, explicó el de Aquino, que está dispuesto a recibir sus determinaciones.

Efectivamente, si el investigador prescinde de sus condiciones de padre, profesional, amigo, vecino, o ciudadano, ¿qué queda de él? Solamente permanecería la vaga sensación de un yo que no puede reconocerse junto a los demás, a no ser que el adverbio ‘junto’ lo entendamos en un sentido simplemente geométrico. Pero los hombres no vivimos como las piedras en el pedregal. *Una persona sin concreciones*

constituiría una autoidentidad simplemente formal y por ello aparentemente infinita, ya que recae sobre ella la universalidad a que da origen la negación de sus determinaciones. Los isomorfismos vienen otra vez en ayuda de la investigación sobre las personas. Toda persona vivencia lo que se podría llamar su espacio o, en términos más generales, su 'espacio humano', pues cualquier ser humano es amigo, profesional, ciudadano, etc. Cada persona se prolonga a través de estas dimensiones de sí misma, y desde ellas surgen vectores de fuerzas morales no siempre fácilmente compatibles. El yo como autoconciencia que se afirma a sí misma en la medida en que excluye a los otros (recordemos la función decisiva de la negación en Saussure) es la afirmación del individuo, que es necesaria pero no suficiente; pues se trata de que esta autoafirmación no lleve a la negación de la persona: Hegel nos recordaba que el punto es la negación del espacio y, de hecho, la persona que se afirma permanentemente como tal, niega el espacio humano que la constituye como persona, más allá de ser individuo. Sugiere Viola que la moral se funda en la posibilidad de dirigir, de algún modo, la inclinación del amor, y por esto es necesario preguntarse: ¿Qué es lo que se ama cuando nos amamos a nosotros mismos? En otro plano, si alguien prescinde de estas determinaciones suyas y se piensa como un ser estrictamente personal que no debe institucionalmente nada a los otros ni los otros le deben nada institucionalmente a él, se quedará sin criterios para sus actuaciones sociales cotidianas. Sobre este punto ha dejado observaciones interesantes A. MacIntyre.

Tomás de Aquino definía la conciencia o consciencia –los Latinos no distinguían entre ambos términos- como "Cum alio scientia". El fundamento del derecho es el ser racional en su condición de *cum alio scientia*. *De ahí que pueda ser fácil ocasionalmente sacar al individuo de la polis, pero que sea inútil intentar sacar la polis del individuo*. Estamos ante institutos o instituciones que son sociales porque implican necesariamente a los demás en el momento de resolver una pretensión individual, y podemos completarlo ahora, sin pretensiones de exhaustividad, con una observación de Sánchez de la Torre: "Obviamente, la expresión del 'sujeto' en su nivel más profundo, que sería el ontológico, vendría dada por la definición propuesta de Boecio e incluso por la versión que ofrezco de la misma: 'sujeto racional consciente'. Pero la especificación jurídica del 'sujeto' no puede reducirse a su elementalidad radical como 'sujeto' sin añadir esa doble referencia al ser interactivo y responsable, en un ámbito social donde sean considerados aquellos sujetos en su aspecto donde aparecen, en una interactividad

configuradora del plano entre primera, segunda y tercera persona; y advirtiendo que los beneficios y daños de tales conductas intersubjetivas alcanzan no sólo a los presentes sino también a los ausentes entendidos como terceros. No sólo la responsabilidad, sino también la interactividad alcanza a los terceros, así como la razón normativa que el ordenamiento jurídico tiene para hacer intervenir a terceros en aquellas conductas que convengan. Pues los intereses de los ausentes no pueden ser definidos ni salvaguardados por ellos, al revés que sucede con el modo en que intervienen los protagonistas que se hallan presentes. El orden jurídico se convierte en objetivo cuando extiende hasta los intereses de los terceros, el efecto de una conducta que, entre protagonistas presentes, será solamente intersubjetiva".

El individuo tiene que saber que ha de pensarse en una situación igualmente excéntrica respecto de su propia infinitud o de su capacidad para excluir. La tentación fácil, en este momento de la argumentación, sería la de afirmar que cada individuo ha de pensarse en una situación excéntrica respecto sí mismo y de sus posibilidades de realización en la sociedad, tesis en la que insistía Helmut Plessner. Pero esta tesis no parece enteramente correcta, porque parece que ella alude solamente a la buena voluntad de las personas, mientras que *esta exigencia de excentricidad no responde a ningún requerimiento de la buena voluntad sino que es una necesidad estructural del hombre*. Esta última exigencia es evidente en el trabajo del juez, que constituye la terceridad que trata ante todo de ser la garante de la imparcialidad; porque cuando las relaciones humanas llegan a ser conflictivas, la sociedad tiene instituida organizadamente esa instancia excéntrica o extraña a las partes en conflicto, como es la judicatura. *La administración de justicia no es un cuerpo extraño al hombre, sino que ella reproduce la estructura necesaria de todo individuo que convive con otros*.

El deseo de la infinitud subjetiva se ve deshecho por esta doble identidad de cada ser humano, que ve como su yo deseoso de infinitud, queda concretado por esos otros que él porta consigo. Esas realidades aparentemente ajenas, nos hacen activos y rompen el círculo que formaría esa autoidentidad únicamente formal –y por ello tan infinita como vacía- del sujeto que sólo se conoce a sí mismo y que considera a los demás como 'unos otros' a los que no tienen por qué alcanzar las mismas competencias que él vivencia. Cotta afirmaba que en la vida cotidiana y en el plano psicológico, el otro aparece como obstáculo, objeto de envidia, o rival; en esta perspectiva el sujeto persigue, para desarrollar plenamente su personalidad, eliminar al otro, o al menos

subordinarlo al yo. Mientras esta afirmación se mantenga en el plano de la psicología es correcta, pero no lo es desde el punto de vista de la antropología que desborda los moldes simplemente psicológicos, ya que una introspección más serena muestra a cada persona no su superioridad, sino la igualdad con las demás.

La base de la igualdad solamente es posible aludiendo a ese desdoblamiento aludido; *un ser humano no dispone de ningún derecho para tratar a otro como si ese otro fuera distinto a él mismo*. Si alguien exige para él derechos que él deniega a los demás, esto indica ante todo que ese hombre está vulnerando la dignidad que él debiera portar, porque todo hombre porta en sí la dignidad de toda la humanidad. Éste es el fundamento de su culpabilidad si ése es el caso, *saber que está desconociendo una universalidad de la que él no puede disponer libremente*; pues al exigir en el delincuente, como condición para su imputación penal, que sea capaz de distinguir el bien del mal, no se le exige tanto que sea consciente de haber causado un daño a otra persona, como saber que ha violado una exigencia necesariamente universal que él debe portar en sí.

Corrigiendo a Savigny –lo que implica no poca audacia- parece que una subjetividad sin determinaciones únicamente se comprende a sí misma como una identificación del propio yo consigo mismo. No hace falta recurrir a argumentaciones moralizantes para superar esta visión de los individuos: sabemos que las cosas propiamente humanas nos son tan necesarias como nuestra piel. *No es la personalidad ya comprometida la que ha de justificarse frente al deseo de infinitud: es este deseo el que ha de comparecer ante el tribunal del derecho, como en general, ante el de la razón*. No necesitamos hechos o actos siempre voluntarios para reconocer nuestras determinaciones personales; éste ha constituido históricamente un hecho singular: parece que la infinitud propia de la voluntad entendida de este modo es la que ha de fundamentar el valor infinito de la personalidad de cada sujeto; más bien parece que es la personalidad de cada individuo la que requiere o necesita sus determinaciones. En última instancia, *lo cierto es que poseemos una personalidad fragmentada en el interior de una subjetividad absoluta*.

El derecho a exigirme a reconocer a los otros como Sujetos del Derecho, y el igual derecho a que me reconozcan a mí como tal, conlleva tanto la incomunicabilidad como la sociabilidad a través de relaciones, sean jurídicas o de otro tipo. Desde su incomunicabilidad, la persona muestra la dignidad de la conciencia propia de quien ha

de realizar un plan de vida personal. En este contexto, es obvio que *la prepotencia solamente puede provenir desde el que se ha reintroducido de tal manera en sí mismo, que su vida ha degenerado en un solipsismo existencial y no puede reconocer las otras universalidades personales*. La injusticia no surge desde la exaltación o desde el aumento de la propia personalidad, sino desde su disminución. Por decirlo con palabras de Fromm, para un sujeto que obra de este modo, su propia identidad se ha convertido en un problema.

El lector puede preguntarse por qué este interés en insistir en las naturalezas de las mediaciones aparentemente sólo sociales dejando en la sombra los requerimientos que parecen más propiamente individuales. El gran problema que ha planteado históricamente la forma individualista de entender a las relaciones humanas y a los hombres, es su incapacidad para explicar la necesaria dimensión alteritaria de todo ser humano, que frecuentemente se relaciona consigo mismo, y con los demás, a través de las representaciones que él tiene de ellos. Fuller reparaba que la noción de reciprocidad está implícita en la idea misma del deber, y no se refería al hecho elemental de que al derecho de uno corresponde el deber de respeto por los otros. El hombre, aunque en ocasiones pueda estar físicamente aislado, es cualquier cosa menos un ser solitario, y no puede pensarse a sí mismo aisladamente, aunque la imaginación le pueda hacer creer tal cosa. Él reconoce a los otros como ciudadanos, como padres o profesionales, o simplemente como seres que han de ser respetados, sea absteniéndose, sea positivamente, es decir, *reconociendo en los demás lo que es de los demás porque en definitiva es lo de todos*; los bienes, cuando se manifiestan, son comunes a todas las personas. Es patente que la personalidad posee un cierto carácter reflejo: *sabemos que somos personas porque reconocemos a los otros como personas; sabemos que los otros son también personas porque cada uno comparte, o puede compartir, sus condiciones y determinaciones*.

El ser humano, al vivir en lo geográfico y temporal, y no solamente en las cabezas de los filósofos, se relaciona con cosas, y estas cosas le crean relaciones que se dilatan mucho más alto y profundamente que las consideraciones que hacían los ilustrados y los neoescolásticos sobre el individuo aislado. Del otro lado, otra realidad presente es la libertad de arbitrio, ya que la libertad es un ‘bien constante’, con exigencias siempre presentes, pero que se recortan según cada actividad humana, pues no puede exigir la misma libertad militar que un abogado. El reconocimiento de la

libertad relativa lleva a rechazar el peligro del sociologismo. Es preciso reiterar que lo relativo es frecuentemente la expresión de la máxima objetividad, porque cuando se dice que una cualidad es 'relativa a', se indica que tal cualidad existe realmente y que por eso –por sus condiciones reales de existencia- ha de ser objetivamente relativa a otra cosa. Las cosas discriminan a las cualidades y las cualidades a las cosas. El relativismo entendido en el sentido vulgar niega precisamente esta exigencia de referir necesariamente una cualidad a una cosa.

Volvemos al tema de la libertad relativa de los ciudadanos y comprobamos que así como examinar el desarrollo del hombre solamente a través de las cosas supondría un sociologismo inadmisible, supone igualmente una reducción parecida querer ver en la simple indeterminabilidad de las voluntades un derecho que hay que afirmar a toda costa. *Sería irreal pretender que la voluntad fuera el fin de sí misma*. No podemos negar lo plural en nombre de una sola infinitud. Pero, a pesar de estas indicaciones, algunos temen que, al no partir siempre y directamente desde las personas en su irreductibilidad, la personalidad acabe acosada por las exigencias de las situaciones sociales: aparecería otra vez el eterno problema del sociologismo. Serna explica que la ontología del derecho es de personas, no de cosas, pero eso no significa que no sea de sustancias, simplemente porque no cabe explicar una relación sin 'algo' la que relacione. "Siempre que se relacionan hombres –sea privada, social o público-políticamente- surge entre ellos un espacio que los reúne y a la vez los separa. Cada uno de estos espacios tiene su propia estructura, que cambia con el cambio de los tiempos y que se da a conocer en lo privado en los usos, en lo social en las convenciones y en lo público en leyes, constituciones, estatutos o similares. Dondequiera que los hombres coincidan se abre paso entre ellos un mundo y es en este 'espacio entre' (*Zwischen-Raum*) donde tienen lugar todos los asuntos humanos. El espacio entre los hombres, que es el mundo, no puede existir sin ellos, por lo que un mundo sin hombres, a diferencia de un universo sin hombres o de una naturaleza sin hombres, sería en sí mismo una contradicción". Los derechos de las personalidades y las exigencias reales (de *res*, cosa) de las mediaciones concretas son *dos focos de una elipse* que es inesquivable. Constituyen realidades no reductibles íntegramente la una a la otra, y tan inexacto sería decir que el ser humano parte desde la *lex permissiva originaria* que le otorgaría los derechos de su personalidad, como que la noción primaria del derecho es la de la *lex constrictiva originaria*, que sería la que introduce el deber y la compulsión; porque

algunos, como Lévi-Strauss, han entendido que el hombre está ante todo constreñido por el poder político y que para suavizar las exigencias de esta primera situación ha de pertrecharse de derechos.

Planteando así –también ahora- este tema, nuestra época no sabe cómo conciliar la infinitud de la voluntad individual con los límites estrechos que impone la convivencia política. Nuestra mentalidad de hoy sigue arrastrando los efectos de esta desproporción, como ya indicamos al señalar cómo cada cual es educado en la conciencia de sus derechos, en su libertad, para –en un momento posterior- obligarse que se ponga al servicio de fines sociales. No podemos ir como en una lanzadera desde la afirmación de una infinitud a la imposición de las determinaciones frustrantes. Al plantear así los términos del problema sólo cabe que el oyente adopte una actitud emotiva normalmente inmotivada, cuyos orígenes se encuentran en la psicología profunda o en factores culturales. Y la tarea del universitario más parece ser la de explicitar lo que está oculto que no la de arengar.

Al tratarse de una cuestión última no caben caminos intermedios: o afirmamos el mundo en el que estamos rodeados de conocidos, esto es, de nuestras condiciones de marido, padre o profesor, o hay que afirmar que el mundo ‘está ahí’ y que es lo que opone resistencia al esfuerzo voluntarioso. En el primer caso hay colaboración del hombre con su entorno, que también le pertenece a él; en el segundo supuesto sólo cabe el enfrentamiento con una sociedad insuficientemente socializada y con una naturaleza incompletamente tecnificada.

De hecho, los seres humanos exigen sus reconocimientos propios, en tanto que reconocimientos de lo que ha hecho y hace el propio yo, no en abstracto, sino de lo que hacen como ciudadanos, padres o profesionales. Como trabajador, lo normal es que el trabajador exija su reconocimiento al filo de las exigencias propias de su trabajo, y aunque sea posible distinguir la calidad humana de lo que expresa con su trabajo de la ocasionalmente poca calidad que muestra como miembro de la familia, lo cierto es que cada dimensión humana porta sus exigencias propias, y que todas ellas concurren en la formación del conjunto de la personalidad.

Tratamos hechos que pueden pasar inadvertidos porque no siempre es preciso tener presentes expresamente las carencias que han de ser corregidas o la colaboración que es exigible a cada cual. La vida jurídica más cotidiana no necesita recurrir a determinar en cada caso la relación entre una necesidad y su regulación jurídica.

Disponemos de normas y reglas que responden casi automáticamente a la solución de la carencia planteada, porque cada norma jurídica es bien un problema concreto ya resuelto, bien una construcción que crea su objeto regulándolo. Estas normas, por poseer una razón común devienen patrimonio común, y no son propiedad exclusiva de nadie. Cosas tales como ser propietario de un inmueble urbano, ser padre o ser agente de policía, portan consigo su propia racionalidad. *La justicia es siempre tema universal, aún cuando dependa del arbitrio de un 'particular', porque vemos cómo la universalidad que surge tanto desde la violación de un derecho como desde las necesidades de las personas, hacen que el sujeto salga del campo de lo normal y ordinario, que en principio es lo suyo privativo, y entre por un camino público que no puede ser desconocido por la sociedad, porque él crea deberes a la sociedad*. La relación humana deviene instituto jurídico –y éste sería uno de los criterios para su reconocimiento- cuando la solución a las interferencias entre las conductas contempla el remedio a una necesidad que no se circunscribe a los individuos concretos que han tomado parte en esa relación. En tales casos, la carencia como tal es descrita, analizada y posteriormente sintetizada, y el contenido normativo de esa regulación se emancipa del conflicto concreto que le dio origen y deviene un bien común que todos pueden reclamar. Si no es así, constituirá lo que en la jurisprudencia romanista llamaban una *Quaestio pro amico*.

Desde luego, nadie se tiene a sí mismo plenamente en sus determinaciones, ninguna de ellas le conviene plenamente, y siempre viviremos la sensación de insatisfacción. De acuerdo con la filosofía clásica, podríamos hablar de "Las cualidades empíricas que son las formas de aparición externa de una sustancia que <sin embargo> no se muestra como ella misma". O, por expresar la misma idea según un jurista inglés, podríamos decir que "The correct view of the matter probable is, that God is not a person, but 'the' person-personality itself; whereas man is a person in virtue of this limited realization of personality".

§ 44. La autonomía de los Sujetos del Derecho.

Indiqué que Fernando Vázquez de Menchaca dejó escrito que el estar bajo un señor no es un bien, sino una de las peores cosas. En cambio, Tomás de Aquino mantuvo que el hombre es un ser político y social. No parece que ambas declaraciones sean contradictorias: cada una de ellas acentúa una vertiente del problema. Porque es

imprescindible la cooperación social, y es igualmente imprescindible que sea respetada en el máximo grado posible la libertad de cada uno de los ciudadanos. Nuestra época es hipócrita, porque establece una máquina de poder extraordinariamente fuerte, y se consuela pensando en los muchos derechos puntuales que ostentan los ciudadanos frente a ella: en primer provoca un incendio, y más tarde dispone los medios necesarios para reprimirlo parcialmente, si se ve obligada a ello. La idea de que cada cual pueda y deba cuidar de sí mismo le resulta lasciva. La concepción de la naturaleza sustantiva del razonamiento práctico ha sido sustituida en buena medida por la naturaleza administrativa de este razonamiento.

La idea de 'repartir el poder' es especialmente desdeñable: el poder no es una realidad siempre igual que se pueda repartir al modo como se reparte el dinero. Desde el momento en que ha sido entificada la Administración y se le ha atribuido, fondos, funciones, personas, las relaciones entre los funcionarios que integran la Administración y el resto de los ciudadanos son vistas como los resultados de juegos de suma-cero, en los que lo que gana cada uno es lo que pierde el otro. Pero la satisfacción de las necesidades personales no se relaciona (o no debiera relacionarse) con esta clase de juegos, porque no se trata de que aumente o disminuyan los poderes de unos y otros, *sino de encontrar los mejores modos para que esas necesidades –también, entre ellas, las de la autonomía personal- sean resueltas*. En este marco de consideraciones, reitero que hablar del poder es una abstracción excesiva, porque lo que existen son los poderes de las personas que vivencian alguna necesidad que, o bien reclaman la viabilidad para las capacidades de su intimidad y creatividad, o bien exigen los derechos para cumplir con sus deberes de formas personales; pues el analista político tiene a la libertad de expresión como su exigencia más elemental, y un padre quiere apechar con la *educatio* de sus hijos de las formas que él considera convenientes. Pero la idea vulgar de repartir el poder implica ante todo despojar a las personas de sus derechos, fundir estos derechos multiformes en un agregado excesivamente heterogéneo, y distribuirlo de acuerdo con los poderes fácticamente existentes. Ésta es una idea siempre fácil de entender por la tendencia de la mente humana para entender las figuras geométricas y los juegos intelectuales que se hacen con ellas.

Es obvio que *lo que está en juego es la noción misma de lo que hay que considerar como público*, pues un cine y un teatro son empresas privadas, pero nos referimos a ellas como 'espectáculos públicos'. Hay que afirmar que cada persona

posee, como ciudadano, un *status activus*, según la terminología de Jellinek. Reitero que no existe un sector o vertiente de la vida humana, separada del resto, que pueda ser llamada pública. El carácter público de las actuaciones es una consecuencia necesaria de la índole del ser humano, que por actuar junto con los otros, está cargado con derechos y obligaciones. Obviamente no se trata ahora de recordar el 'derecho reflejo' (el *Rechtsreflex* de la teoría del derecho alemana del siglo XIX) que mantenía que a cada derecho particular le correspondía el deber jurídico de los demás de abstenerse de molestar ese derecho. Los alcances de estas líneas apuntan más alto.

Jellinek explicaba que todo derecho es relación entre Sujetos del Derecho, *Rechtssubjekte*, y ésta es una terminología que merece la pena conservar. No podemos pensar un sujeto jurídico sin relaciones propiamente jurídicas, y el Estado mismo solamente será sujeto de derecho en la medida en que reconozca otros sujetos iguales. Ciertamente, podríamos suponer una relación de dominio puramente fáctica –prosigue Jellinek- y hablar de dominadores y dominados como portadores de derechos y obligaciones. Hay que decir, con Jellinek, que un ordenamiento jurídico en el que sólo exista una personalidad pública o una *persona eminens*, es una indignidad, como ha experimentado especialmente el siglo XX. Tenemos motivos para hacer nuestra la interrogación radical de Jellinek: bajo este planteamiento, ¿es posible, en general, el mismo derecho público?

Cada persona es la llamada a cuidar de sus necesidades, y el poder sólo debe intervenir para evitar abusos: reitero que normalmente una norma jurídica consiste en un problema concreto resuelto anticipadamente. Aunque también es verdad que el poder no logra evitar, en el interior de su propia vida, los abusos que pretende corregir entre los ciudadanos. Pero si el investigador coloca el acento de su estudio en el poder del Estado y en el de su Administración, volverá a los tiempos de Gerber o Laband, es decir, al siglo XIX. Se trata de una tentación antigua, porque vemos que Roma, en tiempos de la República, entendía a cada función pública como una gestión de intereses ajenos, pero *con más atención a la función misma que no a los sujetos activos o pasivos*, ya que las funciones fueron figuradas sobre moldes privatistas. Obviamente, la cuestión gira fundamentalmente en torno a un problema: a si podemos entender que el gobernante es un mandatario que realiza una *negotiorum gestio* permanente. Habrá quien se regocije pensando en el poder permanente del Estado, pero ése debe tener en cuenta la advertencia ya indicada que nos lanzaba Fernando Vázquez de Menchaca: que el poder

del gobernante consiste en un mandato otorgado por el pueblo, y que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato en ningún momento, ni siquiera cuando ello sea beneficioso para los súbditos.

Cuando existe una necesidad social, la gerencia de esa necesidad, por afectar directamente a los ciudadanos, es competencia de los ciudadanos, que son los llamados a resolverla, pues *la dignidad humana reclama que aquellos que son los protagonistas de una necesidad, sean igualmente los protagonistas en la resolución de esa necesidad*, lo que implica que cada persona ha de tener la posibilidad de hacer frente a sus problemas, sea por sí sola, sea junto a otros que ella designe voluntariamente. Es preciso recordar que lo normal es la situación de autonomía, y que la dependencia o tutela sólo se justifica por la incapacidad de los tutelados: solamente un *abjectus* (en el que por definición falta dignidad) aceptaría que otros gestionaran sus propios problemas. (Viola propone distinguir entre agentes morales y pacientes morales; los primeros son capaces de formular sus principios orientando sus acciones, y de elegir libremente si han de actuar o no de acuerdo con esos principios, mientras que los pacientes morales no son responsables de sus acciones). Normalmente los derechos son tanto expansiones de la propia personalidad como cargas -que también ayudan a la expansión de la personalidad-, y es comprensible que muchos deleguen estas responsabilidades en la Administración: esos tales dan la espalda a lo que su dignidad exige de ellos.

Sobre esta base –ética en definitiva- es como hay que entender la noción de función pública, que para Adolf Merkl es toda participación en la realización del orden jurídico, y *es necesario llamar órgano estatal –según este autor-, en el sentido más amplio, a todo realizador de lo contenido en el ordenamiento jurídico*. Por este motivo toda función jurídica, por lo mismo que es función de un órgano estatal, constituye una función del Estado. Pero hablar así implicaría mantener que el tutor que cuida del pupilo en el interior del derecho de familias es un órgano del Estado, y esta tesis ofendería a los oídos: si nos ajustamos al uso normal del lenguaje hay que concluir que el tutor no es un órgano del Estado. Pero esto no quita validez al hecho de que el tutor cumple una función jurídica, esto es, una función estatal. Sucede que, en definitiva hay que desvincular a los órganos jurídicos de las funciones propiamente estatales; pero –reconoce él- esto es un empeño difícil porque la mentalidad democrática quiere que todo sea estatal.

§ 45. Las ‘sociedades intermedias’.

Al hablar de las libertades que van más allá de la defensa de algunos derechos o intereses de los individuos, aparece inmediatamente el problema de las llamadas sociedades intermedias, que reciben este extraño adjetivo –el de intermedias- porque el Iluminismo impuso su propia doctrina antropológica y política y nos acostumbró a pensar a los individuos, estuvieran aislados en el estado de naturaleza, o agrupados en torno al poder solitario que estos individuos creaban mediante un pacto. La dialéctica se entabló entre el individuo necesariamente solitario y la única agrupación política formada contractualmente: *tertium non deditur*. Nos lanzaron una imagen geométrica de extraordinaria calidad pedagógica, y fue tanto se éxito que incluso los autores moderados de los siglos XVIII y XIX explicaron los derechos del hombre antes de la sociedad y después de la sociedad, de modo que muchos tratados del derecho natural moderno se componían de dos partes: en la primera exponían lo que llamaron el Derecho Natural Absoluto, que consistía en el estudio del hombre aislado: sus capacidades, virtudes y carencias. Llamaron a la segunda parte de sus libros Derecho Natural Hipotético, ya que estudiaban en este segundo momento al hombre bajo *la hipótesis* de vivir en sociedad. Incluso los escolásticos del siglo XIX –pensemos en Taparelli, Liberatore, Prisco, Meyer o Costa-Rossetti- distinguían entre los derechos del hombre antes de la sociedad y los derechos del hombre viviendo en sociedad.

La posibilidad de que existieran agrupaciones *intermedias* entre el individuo presocial y el ‘estado social’ quedó sin explicación porque entendieron a la sociedad política como el centro único de poder que ha sido creado mediante el contrato social: a tenor de ella, el poder ha de ser único porque el contrato social solitario ha dado origen a una sociedad única. Separaron al hombre del ciudadano, y como los revolucionarios franceses fueron puntillosos en su terminología, dieron a su declaración de derechos el extraño título de “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”.

Los hombres crean la sociedad política para defender sus derechos, que peligraban en el *status naturae* de modo que, según la terminología de Kant, el *jus provisorium* pasaba a ser un *jus peremptorium*. La doctrina del Estado nación bajo el signo de la defensa, puramente negativa, de los derechos individuales. Pero cualquiera observa que la libertad positiva que nos ofrecen buena parte de las instituciones jurídicas, no puede pasar a través del filtro demasiado angosto de los principios teóricos

excluyentes basados en la simple protección negativa o defensiva los derechos básicos de las personalidades. Vivimos una crisis de éxito en nuestra convivencia política, y por esto vivenciamos un desajuste entre lo que ya tenemos o deseamos justificadamente tener y las escasas posibilidades operativas que le son reconocidas a nuestra condición ciudadana. Buena parte del derecho privado y público, que no reprime conductas perniciosas, sino que más bien habilita a los ciudadanos 'para', no encuentra explicación en la teoría jurídica y ética de hoy. Temo que con la pérdida de esta dimensión de nuestra libertad positiva hemos arruinado algunas de las más bellas dimensiones de nuestra libertad. No en vano reiteraba Viehweg que todo sistema opera una selección de problemas, y el mal entendido personalismo en el derecho ha dejado fuera del derecho diversas dimensiones del hombre que portan en sí buena parte de los criterios de las síntesis materiales jurídicas.

Desde el hecho de que la vida social demanda más de lo que permiten hacer los cauces ofrecidos por la instancia pública, lo lógico –desde el punto de vista de la lógica de lo cotidiano- hubiera sido que *la Administración hubiera retomado la cooperación rota con sus ciudadanos*. Pero ya advertí al comienzo de este estudio que esta síntesis que está en la base del poder del Estado no admite determinaciones que le lleguen desde el exterior de ella misma: el Estado quiere arreglar a la sociedad, es decir, él a sí mismo, por sí mismo.

Las discusiones sobre esta insuficiencia de las libertades están planteadas hoy, en sus términos más corrientes, en la oposición doctrinal entre la libertad negativa y la libertad positiva. El autor que más distinguido en tiempos recientes en la campaña por defender la libertad negativa frente a la positiva ha sido Isaiah Berlin. Berlin, en su defensa de la libertad simplemente individual, habla de los pusilánimes que viven "La tendencia a circunscribir, a confiar y a limitar para determinar el ámbito de lo que puede preguntarse y de lo que puede creerse". Indica que esto ya no es un signo distintivo de los antiguos reaccionarios, ya que estas personas, no sólo persiguen a la ciencia, sino que persiguen por la ciencia o, al menos, en su nombre". Critica al ciudadano medio o promedio, pero tampoco deja bienparados a quienes quieren innovar: "Lo que esta época necesita no es (como oímos a menudo) más fe, una dirección más severa o una organización más científica. Sino, por el contrario, menos ardor mesiánico, más escepticismo culto". No está claro en el mundo en el que está pensando, pues los escépticos cultos se vuelven extraordinariamente activos cuando les llega el momento

de adueñarse de las cadenas televisivas o de las Universidades. Por otra parte, al existir una pluralidad de paradigmas para las conductas individuales, el escepticismo no debe ser tomado como una tesis, sino como una actitud o metatesis que ha de vivir fuera de las reglas que él establece.

Berlin reitera que hay personas que temen no ser reconocidas socialmente si usan solamente su libertad personal (negativa), y que por esto buscan un grupo que les otorgue un status que de otra forma no tendrían: "Lo que quieren aquellos que están dispuestos a cambiar su propia libertad de acción individual, y la de otros, por el status de su grupo y su propio status dentro de ese grupo, no es simplemente una entrega de su libertad en aras de la seguridad y de un puesto asegurado en una jerarquía armónica en la que todos los hombres y todas las clases saben el puesto que les corresponde; tales personas están dispuestas a cambiar el penoso privilegio de decidir –'el peso de la libertad'- por la paz, la comodidad y la relativa innecesariedad de tener que pensar que lleva consigo una estructura autoritaria o totalitaria". "Aunque quizá no me den libertad 'negativa' los que pertenecen a mi propia sociedad, ellos son, sin embargo, miembros de mi propio grupo, me entienden, como yo los entiendo a ellos, y este entendimiento crea en mí la sensación de ser alguien en el mundo".

La crítica de Habermas es similar a la de Berlin, y se apoya en definitiva en este mismo sentimiento cuando mantiene que para la identidad de un colectivo sólo es importante un determinado fragmento de la cultura y del sistema de acción. ¿Qué pretende Habermas: que únicamente puedan actuar los del gobierno en nombre de la 'unidad de acción' que ha de superar los 'fragmentos de la cultura'? La experiencia muestra que ningún grupo en absoluto, aunque se proclame liberal (esto último suele consistir en una cuestión de palabras) está libre de la influencia decisiva de un sector de la cultura existente; nuestra sociedad está fragmentada vitalmente, como se comprueba en los distintos grupos de emisoras de televisión, de radio y prensa escrita. De hecho, Habermas se sitúa sobre unas bases filosóficas extraordinariamente discutibles –y discutidas de hecho- y no puede pretender para sí esa universalidad de la que él quiere hacer gala y que deniega a sus adversarios. ññ

Al llegar a este punto nos encontramos ante una falacia de extraordinaria importancia en la cultura actual. Veamos: la Iglesia católica establece diversas obligaciones solamente para los católicos. Como un sector de las obligaciones que impone la Iglesia es vinculante únicamente para el sector católico de la población, la

misma reiteración del término ‘sector’ lleva a la imaginación hacia juegos fáciles de palabras, ya que surge casi por sí solo el sustantivo de secta o el adjetivo de sectario. Por el contrario, las éticas actuales de base dialógica se dirigen expresamente a la totalidad de la población, con independencia de su credo o de la ‘moral comprehensiva’ que viva cada ciudadano. (Rawls, no haciendo gala de un espíritu amplio, estableció que todas las morales comprehensivas están equivocadas). La seguridad con que se han movido los empiristas en el siglo XX, con su relativismo moral, ha hecho que las éticas dialógicas y neocontractualistas, se presenten con la garantía de la universalidad, es decir, con la exigencia de ser válidas para todos los ciudadanos, frente al carácter sectorial de las ‘morales comprehensivas’. Sus autores entienden que ellos proponen unos cauces procedimentales que todo ser racional ha de aceptar.

Frente a esta pretendida universalidad, es preciso hacer un par de objeciones. La primera y más obvia consiste en dejar claro que la doctrina ética de Habermas –entre otros que se podrían mencionar- sólo puede ser válida para alguien que parta desde bases empiristas que imponen la ausencia de una moralidad previa al diálogo. Desde el momento en que el profesor *reconoce* que la cosa de la docencia le impone el deber objetivo de explicar con claridad, el profesor no puede aceptar el empirismo ni, por tanto, este tipo de sistemas sobre la génesis de la moral. (Esta observación no tendrá valor para un discípulo de Habermas porque esta persona indicará que son las reglas del diálogo ideal las que imponen objetivamente el deber del profesor de impartir una docencia inteligible; dejemos a cada cual con sus ilusiones, que este tema ya lo traté en los capítulos anteriores). En un segundo momento, vemos que la Iglesia católica no sólo lanza exigencias morales para los católicos, sino también para todos los seres humanos. Al llegar a este momento, los filósofos que proponen éticas de pretendido alcance universal aparecen indignados porque entienden que la Iglesia católica, que tiene su sede en un lugar geográfico bien delimitado (El Estado Vaticano) y que tiene a sus fieles igualmente delimitados, se sobrepasa en sus pretensiones y adquiere un carácter dogmático absolutamente inaceptable. Pero ellos dejan de lado que ellos proponen sistemas de ética para los que exigen igualmente una aceptación universal; pues las propuestas e Apel o Habermas no tendrían apariencia de ningún valor si ellos establecieran expresamente que sólo son válidas para los que decidan seguirlos. De hecho, el primer autor que usó un tono extraordinariamente abstracto y absolutamente dogmático fue Immanuel Kant, que pretendía llegar a conclusiones “a las que hubiera de

asentir todo ser racional". Por el hecho de que Habermas o Rawls traten de proyectar literariamente sus teorías sobre el conjunto de la sociedad, no ganan en universalidad: sus explicaciones permanecen en el interior de un sector de la cultura existente.

Siempre estará presente un problema eterno de la ciencia, que es el que se suscita al comprobar que estos filósofos no se ven a sí mismos como enjuiciados, sino como los legisladores de las reglas racionales que ha de seguir cualquier tribunal. Ellos dilatan su modo de pensar y se comportan como los revolucionarios antiguos que no cuestionaban su actitud revolucionaria, sino que exigían perentoriamente a los demás conciudadanos que adoptaran sus puntos de vista, aunque fuera coactivamente. Pocas páginas más llenas de sincero amor por la humanidad que las de Robespierre: pero a su época se la llamó, por los mismos revolucionarios, la del Terror.

He hecho un inciso: volvamos al tema principal. El punto de vista liberal, seguido de hecho por Habermas y los autores de izquierda, propugna –son palabras de Böckenförde- una libertad "sin más, no libertad para determinados objetivos o fines (fomento del proceso político-democrático, realización de valores, integración de la comunidad política, y cosas semejantes)". Las instituciones jurídicas no tienen relación directa con el contenido de estos derechos de libertad; ellas se presentan solamente como institutos conexos y complementarios en el desarrollo ulterior, en la protección y blanqueamiento, de estas libertades jurídicamente indefinidas. Este pensamiento, prosigue este autor, prescinde conscientemente de hacer de esta función de los derechos de libertad el punto de partida para la determinación de su contenido y la fijación de sus límites, y esto en virtud de la garantía de la libertad. Detrás de esto se encuentra la idea, también políticamente importante, de que la democracia liberal pretende constituirse a partir de la libertad y voluntariedad de sus ciudadanos, es decir, desde la espontaneidad de su plebiscito cotidiano, *y que precisamente por esto el ordenamiento jurídico estatal ya no debe ni puede hacer más que mantener abierta la oportunidad para la realización de este plebiscito*.

Como es lógico, estos autores a los que alude Böckenförde, dejan en nota a pié de página los fines de los individuos, ya que entienden que las posibilidades para tener fines son de por sí formales y negativas. Esta actitud plantea problemas humanos, porque *las libertades o las posibilidades de hacer de cada ciudadano no se presentan de una manera formal o vacía*. Por contra, aparece la realidad de lo que explica Feyerabend: "Hay muchas visiones, y cada una de ellas ha engendrado culturas con

resultados y con *conocimientos* que guían y dan contenido a las vidas de mucha gente. Cualquier daño a un conocimiento de este tipo significa un daño personal a la gente implicada. El hecho de que nuestros intelectuales de tendencia científica hablen de desilusiones y de un progreso glorioso que las elimina no cambia esta situación; sólo revela la falta de respeto que muestran los intelectuales por las formas de vivir diferentes a las suyas". Aludí antes al hecho de que estas éticas de pretensiones tan universales suelen multiplicar a un individuo abstracto, existente sólo en la mente de cada autor, por sí mismo. Feyerabend, más tajantemente, explica que "¿Podemos continuar siguiendo el ejemplo de nuestros intelectuales, cuando sabemos que ellos acostumbran a reemplazar los temas humanos por simples modelos de sí mismos?"

Ahondemos en las raíces vitales de los modos de pervivencia de estas ideas. La experiencia muestra, sociológicamente, que los que atacan a los grupos son normalmente liberales de izquierda, a quienes les resultan antipáticos los grupos excepto si esos grupos están compuestos por personas de izquierdas: nunca se ha visto que un liberal de izquierdas ataque a los sindicatos que dependen de los partidos socialistas o al conjunto de las Universidades del Estado. En las democracias individualistas los liberales de este corte no tienen problemas para componer sus propias agrupaciones; tomemos como ejemplo el caso de Denis Diderot. Este hombre malvivía en París dedicado, entre otras cosas, a componer homilías para clérigos poco imaginativos. Su fortuna cambió cuando publicó sus "Pensamientos"; esta obra no es exactamente una obra clásica porque no merece este rango; sí es ilustrativa sobre los sentimientos religiosos de un sector de los filósofos del siglo XVIII porque se enfrenta a la fe cristiana mediante ironías. A los pocos meses de publicada, Diderot fue recibido festivamente en los salones de París, y antes de dos años estaba nombrado miembro de la Imperial Academia de Ciencias de San Petersburgo. Le fue posible ponerse al frente de la dirección de La Enciclopedia una vez que la abandonó d'Alembert y, a pesar de la ausencia de una doctrina filosófica determinada, fue saludado como uno de los pensadores del Iluminismo. No le hizo falta asociarse a ningún grupo concreto: su grupo, ampliamente internacional, ya existía de forma tan difusa como eficaz.

En esta misma línea de expresar pensamientos odiosos -según los términos de Parijs- el investigador observa cómo los liberales de izquierda han tenido y tienen una muy especial facilidad para coordinarse y ayudarse: los muchos medios que hay en Europa que llevan inequívocamente su cuño es la mejor muestra de ello. Poco importa

que un país sea más o menos conservador o liberal: los grandes medios, salvo excepciones, están en sus manos; frecuentemente los han conseguido mediante ingenierías legales manufacturadas por los suyos cuando han estado en el poder. Entre estas personas se hace realidad la denuncia de Böckenförde: "La libertad de conciencia, garantizada en este marco, protege precisamente a aquel que no necesita de su protección porque él, de todos modos, está conforme con el modo de pensar dominante".

Ya indiqué que ahora, el Estado, como situación de privilegio cuya posición está cuestionada permanentemente por su falta de eficacia, ha pasado a posiciones defensivas, y los nuevos conservadores son las izquierdas que ven en las estructuras públicas su *modus vivendi*. Las izquierdas actuales que defienden al Estado, tienden a concebir su poder en términos de facticidad ya constituida, y exigen un fundamento expreso para que alguna actividad deje de ser gestionada por la Administración y pase a ser gestionada por los ciudadanos: siguen la regla del *Beati possidentes!* Frente a ellos, los defensores del Estado mínimo alegan los derechos de la sociedad. En unos y otros parece ausente la visión más propiamente jurídica, que no habla en términos de facticidad consolidada ni de simple limitación del poder, sino de necesidades personales que han de ser resueltas *socialmente* de la forma más racional posible.

Tenemos fuertes grupos de influencia que normalmente han conseguido sus capacidades de actuación a través de sus relaciones con el poder político: ¿Existe en Francia un grupo de presión mayor que el que se agrupa en torno a Le Monde? Estos liberales hablan de libertad individual al modo de Berlin. "Sin embargo –escribe Böckenförde-, ¿basta con esto para el *homme situé* del siglo XX, situado entre múltiples dependencias sociales? ¿Y qué sucede con la garantía estatal de la libertad frente al poder social y su creación, que se produce precisamente como consecuencia de la garantía delimitadora de los derechos fundamentales liberales, es decir, a partir de la diferente realización de la libertad por parte de los titulares individuales de derechos fundamentales y que pueden cuestionar para otros muchos individuos la posibilidad de realización de la libertad de estos derechos? "Los derechos no tienen aquí primariamente el carácter de derechos de defensa del individuo con respecto al Estado para el aseguramiento de un ámbito de libertades individuales y sociales en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico, puedan actuar a su arbitrio, sino el carácter de principios objetivos para la ordenación de los ámbitos vitales protegidos por ellos".

Esto sólo es posible desde una concepción que declara a la libertad misma como un ‘instituto’, como un dato objetivo que se realiza y despliega (sólo) en la configuración jurídica pormenorizada así como en la adaptación de ideas ordenadoras y circunstancias.

Añade Böckenförde que “Dado que las personas son distintas en cuanto a su disposición natural, intereses, energías y antecedentes sociales, la acción de la libertad jurídica, igual para todos, conduce necesaria a diversos resultados y desigualdades. La libertad jurídica, igual para todos, engendra, si se realiza una (nueva) desigualdad social. No se puede querer anular este resultado diverso de la libertad sin que la libertad misma, como oportunidad real de desarrollo para el individuo, se anule”. El Estado está obligado a intervenir en el curso de las conductas sociales, a la permanente relativización de las desigualdades sociales siempre renovadas en la sociedad, y además, a la dirección (global) del desarrollo y de la libertad sociales como bases (sociales) de la libertad para todos. Y ello, ciertamente, no para allanar la libertad del individuo y de una sociedad libre, sino para acometer socialmente ambas a la vista de los datos y tendencias de desarrollo económicas y sociales, esto es, desde la función de conservación y garantía de la libertad del individual y de una sociedad libre.

La batalla por el control de la sociedad parece estar entablada ante todo en la dirección de los *media*. Este mismo publicista alemán indica que sobre esta base no sólo se ha desarrollado una organización de la comunicación intelectual y especializada que pone a disposición de sus beneficiados una gran dosis de posibilidades de formación e información; sino que del mismo modo –paralelamente al ámbito socio-económico- se han realizado procesos de formación y extensión a través de los cuales el campo abierto de la comunicación, de la libertad de opinión, de prensa y el derecho a ser informado han sido y seguirán siendo poseídos en medida creciente por grandes empresas e instituciones de entes periodísticos, estatales y de *mass media*. Parece –apostillo ahora a Böckenförde- que el derecho de prensa se ha convertido en derecho de presa. Instrumentos conseguidos mediante obras de ingeniería legales puestas al servicio de las corrientes políticas más influyentes, han determinado que las cadenas de televisión o que los centros de enseñanza hayan quedado como presas de intereses concretos. Hablar de los *media* públicos como propiedades públicas es una triste ironía: “Los entes jurídico-públicos de televisión y radio no representan por el contrario ningún contrapeso, más bien se integran en este proceso de formación y extensión de poder, y aún lo refuerzan. Dado que el número de estos entes y el acceso a su posición de emisor

es necesariamente limitado, y en lugar de una concurrencia abierta, si bien sólo a medias, existe un ámbito asegurado de emisores y consumidores respectivamente, el disfrute de posiciones de decisión y de emisión en estos entes, supone, a la vez, el mantenimiento de firmes posiciones mediáticas de poder".

Berlin mantiene la exclusividad moral de los derechos individuales, y la tesis más básica de su argumentación es la que mantiene que la libertad de que disfruta cada cual puede ser independiente del régimen político en el poder: si somos gobernados por un déspota liberal –mantiene expresamente- nuestras libertades quedarán igualmente respetadas. ¿Ha existido alguna vez un déspota liberal, o el concepto de déspota puede incluir de algún modo el adjetivo liberal? Berlin agota demasiado sus argumentaciones y tiene que ignorar que "El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad hombre. En la historia de las ideas, la soberanía popular y la dignidad hombre fueron concebidas y 'organizadas', la mayoría de las veces, en forma separada".

Estudiemos más directamente la mentalidad que representa Berlin. Él propone como modelo humano un ciudadano universal comprometido únicamente con su realización personal libre. Existe demasiado romanticismo en esta evocación porque un tipo así de hombre no existe. Hace tiempo sí existía una cierta homogeneidad de los ciudadanos en cada Estado: hace años existían burgueses, socialistas o comunistas, y esta pluralidad entorpece hablar abiertamente de unidad; pero la facilidad con que aquellos hombres fueron reclutados –y se dejaron reclutar- para la Primera y la Segunda Guerra Mundial, nos enseña lo contrario. Han cambiado los tiempos y, con ellos, las formas de hacerse efectiva la libertad. Ya no existen liberales o comunistas, no al menos en el sentido de antes; hemos perdido la mayor parte del radicalismo político, que ha sido sustituido por visiones de la realidad más pragmáticas. La teoría liberal de antaño se dirigía –teóricamente- a un ciudadano cincelado por la Constitución. Hoy ya no podemos pretender esta exigencia, porque ya no sirven los tambores de 1914 o de 1939. Nuestro ciudadano 'constitucional' es distinto: no podemos –de hecho- reconocer la antigua uniformidad ciudadana.

No podemos pensar una sociedad con ciudadanos que poseen solamente libertades negativas, limitadas por principio sólo al ámbito del desarrollo individual: cada persona tiene el deber de participar activamente en la promoción de los bienes sociales, sin limitarse a desarrollar un plan de vida 'personal'. *Si alguien no trata de*

decidir por él también en el plano público, serán otros los que decidan por él también en el plano personal. Häberle escribe que “Esta concepción desconoce que el individuo y la comunidad poseen un valor propio <el valor propiamente social del individuo mismo>, que se realiza de manera óptima por medio de la recíproca correlación; ella ignora que el individuo es desde siempre parte de la comunidad y ‘del Derecho’, que el individuo necesita de la comunidad para el pleno desarrollo de su personalidad y que, a la inversa, la comunidad está ordenada en función de esta personalidad que se desarrolla libremente.

Un ciudadano debe reclamar su libertad para interferir en las vidas de los demás, del mismo modo que los demás están interfiriendo constantemente en la suya: no se puede perder de vista que una elección subjetiva es una elección sobre la naturaleza de lo colectivo. Éste es un hecho que denunciaba Böckenförde cuando escribía que la diferente realización de la libertad por parte de los titulares individuales de derechos fundamentales puede cuestionar para otros muchos individuos la posibilidad de realización de la libertad de estos derechos. Nos Indica MacIntyre que “La experiencia moral contemporánea tiene un carácter paradójico. Cada uno de nosotros está acostumbrado a verse a sí mismo como un agente moral autónomo. Intentando proteger la autonomía … aspiramos a no ser manipulados por los demás; buscando encarnar nuestros principios y posturas en el mundo práctico, no hallamos maneras de hacerlo excepto dirigiendo a los demás en modos de relaciones fuertemente manipuladoras”.

Podemos seguir varios caminos en esta línea argumentativa crítica. Uno consistiría en reconocer que las uniones intraestatales (las llamadas ‘sociedades intermedias’) han de existir necesariamente y, dado que la necesidad es el mayor criterio de la justicia, porque todos tenemos derecho a hacer lo que es necesario que hagamos, las sociedades no-políticas han de ser acogidas como realidades adecuadas a la justicia, y es más adecuado a la dignidad humana que sean sus propios protagonistas los que las dirijan. En un primer momento se podría alegar que es preciso, por razones de principio basados en la libertad de las personas, respetar la voluntad de los ciudadanos que –sobre bases políticas, morales, religiosas, filantrópicas o jurídicas- quieren crear asociaciones o sociedades. Es cierto que los jueces habrán de juzgar en última instancia la legalidad de las conductas societarias.

La Administración pública ha de reconocer el hecho incuestionable de la mayoría de edad de los ciudadanos. Las personas no ejercen sus actividades a través de autorizaciones o concesiones administrativas, ni mediante la figura humillante de las subvenciones -¿cómo entender que a los ciudadanos se les subvenciona con los medios que resultan de su propio esfuerzo?- sino dando a cada uno lo que es suyo. La consideración del *homo ut homo* ha de ceder ante la de la *homo ut persona*, que era definido hace siglos como la del *homo in societate implicatus*. Al recuperar esta noción jurisprudencial no queda eliminado ninguno de los dos momentos de la libertad, el más negativo y el más propiamente positivo.

La argumentación pasa a un plano más positivo cuando Häberle indica que los ordenamientos objetivos se cristalizarían si no estuvieran enriquecidos por las fuerzas creativas individuales. Estas esferas de vida devienen 'vida real' sólo a través de la actividad de los individuos y de los grupos libres. Por medio de esta actividad, las esferas públicas encuentran el momento necesario de su actualización y le es comunicado el 'plan vital'. Los ordenamientos objetivos dependen de la individualidad creativa de los individuos y de su espontaneidad. Merced a la garantía de los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo, la fuerza creativa individual es por así decirlo, reconducida a su 'objeto'. En todo caso, la 'originariedad' de las condiciones de vida particulares ha de ser valorada positivamente por la Constitución y se impone como vinculante para los individuos y los reincluye. Le lleva a pensar de este modo la comprobación de que el ciudadano no se realiza sólo en el Estado constitucional, sino esencialmente también en los grupos, que 'determinan' el pluralismo; en consecuencia, las libertades fundamentales deben ser consideradas cooperativas y corporativas. "Si es cierta la tesis de Heller, de que la libertad deba ser siempre organizada en la realidad social, entonces ello significa: una parte de esta 'organización' ocurre mediante la formación y la obra de los grupos, mediante el desarrollo de la individualidad en el grupo y, si es el caso, también contra los grupos … En otros términos: la libertad social, en la constitución del pluralismo, es también, si bien no sólo ello, una libertad organizada por grupos; no es pensable, en efecto, una real libertad sin actividad de grupos; la realidad social de los derechos fundamentales se realiza en parte sólo a través del derecho de los grupos".

Karl Mannheim trató ampliamente el tema de las minorías y, de acuerdo con lo que él conoció tan personal como amargamente en su patria, explicó que todo poder

jurídico ha de consistir en una libertad o en una función, y la dificultad principal consiste en cómo entender las libertades; no sólo cómo entenderlas desde un punto de vista doctrinal, sino ante todo desde el ángulo sociológico, ya que él habla como sociólogo. De acuerdo con la terminología consolidada que expresa 'esferas de libertad' individuales, él explica que es fácil caracterizar así a las libertades, pero un tratamiento doctrinal tal de este tema permanecería más bien en el plano literario del que busca hacerse entender con facilidad. Ciertamente, siempre se puede suponer que la libertad consistiría en la suma de estas esferas de libertad pero, prosigue Mannheim, de esta forma seguirían actuando en un ámbito privado o no-público. No basta la tolerancia ante las libertades de los individuos, es necesario un respeto de tipo más positivo que lleve desde la tolerancia hasta el apoyo positivo. Este apoyo no puede limitarse al plano individual, es decir, a la ayuda a cada persona, sino que ha de estar dirigido también a los grupos, ya que jamás ha existido un solo individuo que pueda hacer realidad los 'ajustes sociales' que él necesita por sí solo. Es tarea de toda democracia 'integrar a los grupos', de forma que puedan salir a la luz las 'fuerzas espontáneas y latentes' de ellos. No podemos renunciar a la idea de servicio público pero, tal como vienen siendo ejercidos hasta hoy, parecen que han agotado su ciclo vital, entre otras cosas porque hoy existe un exceso de Administración y porque el uso monótono del adjetivo 'público' lleva a ignorar que en la sociedad actual existen diversos públicos y que lo que son bienes para cada uno de esos sectores sociales deben ser entendidos como verdaderos bienes.

Van pasando los tiempos en los que el destino de buena parte de los derechos de las personas era el de ser ignorados para ser defendidos. Lo que ahora planteamos es cómo hacer realidad más positivamente algunos de los derechos básicos de los seres humanos. Concretamente, *cuestionamos si es posible defender la vida de algunos derechos humanos sólo negativamente, desde la afirmación de su irrelevancia ante la esfera pública*. Es posible que en este punto ser haya producido un cierto paralogismo en el que el derecho cae fácilmente, porque así como las propiedades quedan suficientemente protegidas cuando el poder público se limita a hacer posible su gestión libre y privada, la mentalidad dominante ha entendido históricamente que los patrimonios personales e internos de cada persona quedarían suficientemente seguros si el poder se abstenía de intervenir. Pero hay que objetar que así como la propiedad se defiende simplemente mediante la ausencia de confiscaciones, *las personas no quedan*

protegidas mediante la sola afirmación de la vaciedad e irrelevancia pública de sus actuaciones o de sus convicciones. Eliminando buena parte de las notas de la humanidad, los principios del derecho público se dirigen hacia ese inexistente ciudadano neutro. Un problema que emerge ahora es –además del desconocimiento de la autonomía individual- que *esa humanidad escamoteada ha de reaparecer necesariamente*, y si ya ha sido excluida, *aparecerá bajo formas poco claras*. Porque quienes tratan de conjurar los peligros inherentes del vivir humano mediante las exclusiones que llevan a una sociedad aparentemente minimalista en lo ético, llegan en realidad a una sociedad cargada de mediaciones morales, políticas y jurídicas. Una experiencia elemental, muy personal, lleva a hacer entender que las personas que más hablan de la tolerancia, de mentalidad abierta ante los demás, se irritan extraordinariamente cuando alguien no acepta alguna de las *licitudes* que ellos promueven.